This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Bd. June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

Bd. June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO IV

3177 Spain. Laws, statutes, etc. Codes, Civil

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO IV

Tutela.—Clases de tutela.—Protutor.—Personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción.—Excusas de la tutela y protutela.

TERCERA EDICIÓN

MADRID

IMPRENTA DE RICARDO ROJAS

Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1893

Es propiedad del autor.
Queda hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos IX, X, XI y XII del libro primero) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

TUTELA

Libro primero.—Título VIII.—Artículos 171 al 271.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 171 al 176).—Capítulo II: De la tutela testamentaria (artículos 177 al 180).—Capítulo III: De la tutela legítima (artículos 181 y 182).—Capítulo IV: De la tutela dativa (artículos 183 y 184).—Capítulo V: Del protutor (artículos 185 al 189).—Capítulo VI: Del consejo de familia (artículos 190 al 201).—Capítulo VII: De las personas inhábiles para ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia, y de su separación (artículos 202 al 209).—Capítulo VIII: De las excusas de la tutela y curatela (artículos 210 al 217).—Capítulo IX: De la administración de la tutela (artículos 218 al 253).—Capítulo X: De la extinción de la tutela (art. 254).—Capítulo XI: De las cuentas de la tutela (artículos 255 al 266).—Capítulo XII: De la tutela de los hijos naturales (artículos 267 al 271).

Disposiciones generales. — Son en el fondo análogas á las que tienen igual epígrafe en el Código vigente, si bien entre unas y otras existen determinadas diferencias.

Como este proyecto admitía la existencia de la curaduría, consignaba como objeto de la tutela (art. 171) la guarda de la persona y bienes del menor; nunca la de los bienes solo, como expresa el Código actual en su art. 199. Decíase como en éste que la tutela había de ejercerse por un solo tutor,

bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia (artículo 172), y que la tutela era un cargo personal inexcusable, á no ser por causa legítima (art. 173).

La misión cuyo cumplimiento impone hoy el art. 203 á los Jueces municipales y la responsabilidad que les señala, ó sea respectivamente el cuidar de las personas y bienes del menor hasta el nombramiento de tutor ó reunión del consejo de familia, y la indemnización de los daños, se encomendaba en el proyecto de 1851 (art. 174) al Alcalde del domicilio del huérfano, estando obligados asimismo los parientes de éste, bajo igual responsabilidad, á poner en conocimiento del Alcalde el hecho de la orfandad ó la vacante de la tutela (artículo 176).

No contenía los preceptos de los artículos 200, 204 y 205 del Código vigente.

Tutela testamentaria.—El padre, y en su caso la madre, podían, como en la actualidad, nombrar en testamento un solo tutor para sus hijos ó tantos como éstos, y hacer varios nombramientos para uno solo á fin de que se sustituyesen unos á otros, discerniéndose el cargo por el orden de designación en el testamento. Omitía el caso del nombramiento de un tutor por un extraño, de que habla el art. 207 del Código vigente.

Tutela legítima.—Las personas llamadas á desempeñarla y los casos en que tenía lugar (artículos 181 y 182) eran los que hoy señala el art. 211 respecto de la tutela de los menores, no figurando en el proyecto de 1851 la disposición referente á que dicha tutela no tiene lugar con relación á los hijos ilegítimos, ni la del art. 212 concerniente al concepto que los Jefes de las Casas de expósitos tienen de tutores natos, por decirlo así, de los educados en ellas.

La tutela de los locos, sordomudos, pródigos é interdictos, no la incluía este proyecto en la legítima, sino que se ocupaba de ella en la curaduría.

Tutela dativa. — Tenía lugar en los mismos casos que

marca el art. 231 del Código, sin que mencionase la doctrina del 232, siendo de la incumbencia del consejo de familia el nombramiento del tutor dativo (artículos 183 y 184).

Protutor.—Los artículos 185 y 187 del proyecto comprendían preceptos análogos al 233, 234 y 235 del Código. El 188 determinaba las obligaciones del protutor, las mismas del 236 del Código, menos la del núm. 1.°, que no citaba, declarando asimismo (art. 189) que el que no llenase dichas obligaciones era responsable de los daños y perjuicios que resultaren al menor, como ordena el párrafo penúltimo del mencionado art. 236.

Consejo de familia.—El Alcalde del domicilio del huérfano (art. 194) era el que debía proceder á la formación del consejo de familia, en los casos que precisaba su reunión, ya de oficio, ya por acción fiscal ó popular, en el término de seis días, á contar desde la muerte del padre ó de la madre.

El consejo se componía del Alcalde del domicilio y de los cuatro parientes más allegados de éste, dos por cada línea, que estuviesen avecindados en el mismo pueblo ó en otro distante menos de seis leguas (art. 191), pues en este caso no podían ser compelidos á la aceptación del cargo, prefiriendo en igualdad de grados el pariente de más edad y los ascendientes varones ó los abuelos (art. 192), y considerándose vocales natos á los hermanos carnales y á los maridos de las hermanas (art. 193). A falta de parientes, el consejo había de completarse con vecinos honrados elegidos por el Alcalde entre los que hubiesen sido amigos de los padres del menor (art. 196).

La reunión del consejo tenía que celebrarse en la casa del Alcalde, ó en la que éste designase, bastando para deliberar y tomar acuerdo la asistencia de la mayoría de los convocados. El presidente del consejo era el Alcalde, quien tenía voto consultivo, y en caso de empate, decisivo, gozando también de facultad para multar al pariente que no compareciese en el término fijado, á no ser que mediase justa

causa, pero sin que la multa pudiera exceder de 50 pesetas (artículos 198 al 200).

Personas inhábiles para ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia.—Señalaba como tales (art. 202) las comprendidas en los números 1.°, 4.°, 5.°, 7.°, 8.°, 10 y 11 del art. 237 del Código (las restantes no las mencionaba), y además los que por sentencia hubieren sido condenados en alguna pena que llevase consigo la privación ó inhabilitación de este cargo, y los Jueces ordinarios de Tribunales colegiados, cuando el menor ó sus bienes estuviesen en territorio á que alcanzare su jurisdicción, disposición esta última que hoy se encuentra comprendida en el caso 4.° del art. 244.

Separación.—Las causas (art. 203) eran las mismas que las de los números 1.°, 3.° y 4.° del art. 238 del Código vigente, ó sea incapacidad, no formalizar el inventario y conducirse mal en el desempeño de su cargo.

Al consejo de familia correspondía, como en la actualidad, conocer de la remoción, con citación y audiencia del interesado, y teniendo que fundar su resolución, de la que podía apelar en el término de diez días al Tribunal de primera instancia. En este caso, la instancia se seguía á costa del menor, no pudiendo el consejo ser condenado en costas sino en caso de calumnia (artículos 205, 206 y 207). Contra la declaración del consejo de familia favorable al menor no se admitía (art. 208) recurso alguno, disposición análoga á la del art. 242 del Código.

Excusas de la tutela y protutela.—La doctrina comprendida dentro del capítulo que lleva este epígrafe era en extremo semejante á la del capítulo equivalente del Código. Así, las personas que pueden excusarse son las mismas, salvo las comprendidas en los números 2.° y 3.° del art. 244 del Código, que no aparecían en el proyecto. El precepto del 246 de aquél constituía el párrafo final del art. 210 del proyecto. Las excusas (art. 212) se habían de proponer ante el consejo

de familia en la primera reunión que éste celebrase (art. 213), y en caso de no asistencia del interesado, dentro de los diez días siguientes al en que el tutor ó el protutor hubiesen sabido su nombramiento: si las causas de excusa eran posteriores á la aceptación de la tutela (art. 214), tenían que proponerse en igual término, á contar desde que hubieran tenido conocimiento de ellas, y contra la resolución desestimando las excusas (art. 215) podían acudir ante el Tribunal de primera instancia en un plazo de diez días en vez del de quince que señala el art. 249 del Código actual. Por último, los artículos 216 y 217 del proyecto encerraban doctrina idéntica á la del 250 y 251 de aquél.

Administración de la tutela.—Bajo este epígrafe comprendía el proyecto de 1851 preceptos análogos á los que figuran en el Código en los dos capítulos de «afianzamiento y ejercicio de la tutela,» con la diferencia de que los que en éste constan en un mismo artículo (obligaciones y prohibiciones del tutor), se hallaban diseminados entre varios en aquél.

El tutor era (art. 262) el representante del menor, el cual debía á su vez respeto y obediencia al primero (art. 219), que es lo mismo que disponen los artículos 262 y 263 del Código.

Las obligaciones del tutor, estudiadas comparativamente con las del Código, eran las establecidas en los siguientes artículos de éste: 264, números 1.° y 3.° (alimentar y educar al menor con arreglo á su clase, y á hacer inventario de los bienes del menor); y tácitamente, las de los números 4.°, 5.° y 6.°, y además asegurar con hipoteca el resultado de su administración. También era análoga la doctrina de los artículos 221 y 225 á la de los 267 y 268 del Código.

Necesitaba el tutor autorización del consejo de familia para los mismos particulares del art. 269 del Código, menos el 5.°, que no mencionaba.

La autorización del consejo de familia para enajenar ó gravar bienes inmuebles (hablaba sólo de éstos, no de alha-

jas ó muebles, como hace el 272 del Código), había de ser por causas de necesidad ó utilidad, recaer sobre fincas determinadas, confirmarse por el Tribunal de primera instancia, con audiencia del Ministerio fiscal, y verificarse la venta en subasta judicial.

La autorización para transigir debía ser pedida por escrito, requisito que exige hoy el art. 274; estando prohibido al tutor los mismos actos que señala el art. 275.

El tutor (art. 253) tenía derecho á una retribución, la que se señalase en el testamento, ó, en su defecto, por el consejo de familia, que en ningún caso podría bajar del 4 ni exceder del 8 por 100 de las rentas líquidas de los bienes del menor. Se diferenciaba, por tanto, este precepto del artículo 276 del Código en que éste señala como máximun el 10 por 100.

Extinción de la tutela.—Terminaba (art. 254) por muerte del tutor, separación del mismo y excusa legítima, y por muerte, emancipación, adopción, mayoría de edad y casamiento del menor, salvo, en este último caso, lo dispuesto para el menor de diez y ocho años.

Cuentas de la tutela.—El proyecto de 1851, de igual modo que el Código, exigía dos rendiciones de cuentas, una anual que habia de verificarse en el mes de Enero (art. 257), y otra general, obligatoria para todo tutor al terminarse la tutela (artículo 255). El tutor que reemplazase á otro debía de requerirle á la rendición de cuentas, siendo responsable al menor de los daños y perjuicios si no lo hiciese.

Lo relativo á la forma de la rendición de cuentas, gastos de las mismas, término desde el cual podían celebrar el tutor y el menor actos ó contratos, interés legal del saldo que resultare á favor ó en contra de uno ú otro, es igual en el proyecto y en el Código. No sucedía así en cuanto al tiempo para el ejercicio de las acciones por cuentas de la tutela, que en éste (art. 287) es el de cinco años, y en el proyecto (artículo 266) era el de diez.

Tutela de los hijos naturales.—Regían para ello las mismas reglas que para la de los legítimos, salvas las particularidades siguientes. No tenía lugar la tutela legítima, disposición que establece también el párrafo último del art. 211 del Código, sino la testamentaria, si el hijo fuere reconocido, y en su defecto la dativa, eligiendo el tutor un consejo de familia compuesto del Alcalde del domicilio del menor y cuatro vecinos nombrados por él (artículos 268, 269 y 290). Los Jefes de las Casas de expósitos (art. 271) tenían el carácter de tutores de los hijos *naturales* recogidos en ellas, precepto que el Código amplía con buen acuerdo á todos los hijos ilegítimos.

EMANCIPACIÓN Y MAYOR EDAD

Libro I.—Título IX.—Artículos 272 al 277.

Capítulo I: De la emancipación (artículos 272 al 275).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 276 y 277).

Emancipación.—Tenía lugar por el matrimonio y por concesión voluntaria del padre ó de la madre, otorgada en escritura pública con intervención del Alcalde del domicilio del emancipante y consentimiento del emancipado, siendo éste mayor de diez y ocho años, con restricciones semejantes á las que marca el art. 317 del Código, que en esta parte guarda grande analogía, como se ve por lo expuesto, con el proyecto que estudiamos.

Mayor edad.—Comenzaba ésta á los veinte años cumplidos, produciendo el efecto del párrafo 2.° del art. 320 del Código, salva la restricción del art. 321 del mismo. No establecía la habilitación ó beneficio de la mayor edad de que se ocupan los artículos 322, 323 y 324 de dicho Código.

CURADURÍA

Libro I.—Título X.—Artículos 278 al 309.

Admitida por el proyecto de 1851 la tutela y la curaduría, se ocupaba en este título de lo que hoy constituye el contenido de la tutela de los locos y sordomudos, de los pródigos y de los que sufren interdicción civil. Pero no trataba de cada uno de ellos por separado, sino que exponía reglas comunes á las diversas clases de curaduría, excepto algunas que establecía particularmente respecto del pródigo.

Declaración de incapacidad.—Podían solicitarla todos los parientes del menor, incluso el cónyuge (art. 280), y constituía un deber del Ministerio fiscal pedirla (art. 281) tratándose de los furiosos, ó en los demás casos de demencia cuando el demente no tuviese parientes ó éstos no lo solicitaren.

Juicio para la declaración de la incapacidad.—Correspondía al Tribunal de primera instancia, oyendo el dictamen facultativo, si lo estimaba conveniente, y al consejo de familia ó al de tutela (art. 282), siendo el Ministerio fiscal defensor nato de los locos y sordomudos en los juicios promovidos por particulares (art. 284). En la sentencia podía el Tribunal, según los casos, declarar la interdicción absoluta del incapaz ó prohibirle únicamente determinados actos, expresando también si, para el otorgamiento de los actos exceptuados, era necesaria la autorización del consejo de familia, ó la del Tribunal, ó el consentimiento de un consultor, que en este caso se nombraría en la misma sentencia (artículos 285 y 286).

Sus actos de administración posteriores y contrarios á la ejecutoria se estimaban nulos, y lo mismo los anteriores cuando la causa de interdicción existía notoriamente en la época de su otorgamiento (art. 289). Después de fallecida

una persona no podían impugnarse sus actos *inter-vivos* por causa de demencia ó locura, á no ser que ésta resultase de los mismos actos, ó que se hubiesen consumado después de intentada la demanda de incapacidad (art. 290).

Curador.—En cualquier estado del juicio de incapacidad podía el Tribunal nombrar un administrador ó curador interino (art. 283), el cual cesaba en sus funciones luego que era nombrado el propietario (art. 291).

Eran curadores legítimos: el marido (art. 292) respecto de su mujer, y viceversa, fuera del caso de prodigalidad; los hijos varones, mayores de edad, de su padre ó madre viudos, siendo preferido el que viviese en compañía del padre ó de la madre, y entre ellos el de más edad; el padre y la madre, de sus hijos legítimos solteros ó viudos que no tuviesen á su vez hijos mayores de edad (art. 293).

El consejo de familia debía nombrar, en todos los casos de curaduría (art. 295), un curador adjunto, con las mismas facultades y obligaciones que el tutor, excepto cuando fuesen curadores el padre ó la madre.

La primera obligación del curador era (art. 298) la de cuidar que el incapacitado recobrase su capacidad.

El curador de una persona que tuviese hijos menores (artículo 296) era el curador de éstos, y cuando alguno de ellos tratase de contraer matrimonio (art. 297), el consejo de familia debía acordar lo que había de dársele de los bienes del padre y lo concerniente á las capitulaciones matrimoniales, á no ser que no se conformasen el consejo y el curador, caso en el que decidía la autoridad judicial, oyendo al Ministerio fiscal.

Prodigalidad.—La demanda podía ser promovida (artículo 300) por las mismas personas que determina el artículo 222 del Código, oyéndose en el juicio al presunto pródigo, y nombrándole un defensor si no compareciese.

Los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción no podían ser atacados (art. 301) por causa de pro-

digalidad, precepto que establece asimismo el art. 226 del Código; pero si los que hubiere ejecutado entre la demanda y la sentencia, cuando adoleciesen manifiestamente de tal vicio, ó se hubiere nombrado administrador interino.

El padre era el curador legítimo de su hijo pródigo, correspondiendo en los demás casos su nombramiento al consejo de familia (art. 302). La mujer del pródigo podía administrar por sí su dote (art. 305).

Cesación de la curaduría.—Terminaba ésta cuando desaparecían las causas que la hacían necesaria, debiendo preceder al efecto declaración judicial (art. 308). El curador tenía derecho (art. 309) á ser relevado de su cargo pasados diez años desde que se encargó de ella, excepto los cónyuges, ascendientes ó descendientes.

Como se desprende por la ligera indicación que hemos hecho de la curaduría, esta parte del proyecto de 1851 es la que más se diferencia del Derecho vigente.

REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título XII.—Artículos 331 al 378.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 334 al 347).—Capítulo II: De las partidas de nacimiento (artículos 348 al 357).—Capítulo III: De las partidas de reconocimiento y legitimación de los hijos (artículos 358 y 359).—Capítulo IV: De las partidas de matrimonios (artículos 350 y 351).—Capítulo V: De las partidas de defunción (artículos 362 al 374).—Capítulo VI: De la rectificación del Registro (artículos 375 al 378).

Como quiera que se trata de una materia que no constituye en nuestro Derecho parte integrante y esencial del sustantivo en sentido estricto, daremos sólo una idea ligera de ella.

Disposiciones generales.—El Registro se llevaba por los curas párrocos por duplicado en tres libros: uno de nacimientos, otro de matrimonios y otro de defunciones, rubri-

cados por el Alcalde. Las demás disposiciones de este capítulo se referían á la manera de extenderse las partidas, los requisitos que habían de comprender y las multas y responsabilidad de los curas párrocos y Alcaldes por las faltas que cometieren en el desempeño de sus respectivas obligaciones.

Existe en estas disposiciones generales una gran diferencia entre el proyecto objeto de nuestro examen y la ley de 1870, puesto que aquél no admitía más que un solo Registro llevado por el párroco y el Alcalde, y ésta establece tres, á saber: el que se lleva en la Dirección general de los Registros, el de los Jueces municipales y el de los Agentes consulares y diplomáticos.

Partidas de nacimiento.—El recién nacido debía ser presentado al cura párroco para su bautismo dentro de las cuarenta y ocho horas inmediatas al nacimiento (á no ser en caso de legítimo impedimento, en el que dicho plazo se contaría desde que aquél hubiese cesado), teniendo que extenderse la partida bautismal en el libro respectivo por el párroco y á presencia de los comparecientes y testigos en las veinticuatro horas siguientes al bautismo. En esto también se aparta de la ley del Registro y de lo dispuesto por el Código en el art. 328.

Las partidas de los hijos de militares nacidos en campaña fuera del territorio español, habían de extenderse por el párroco castrense.

Partidas de reconocimiento y legitimación de los hijos.—La escritura de reconocimiento debía inscribirse en el libro de nacimiento en que existiese la partida del reconocido, anotándose al margen de ésta el reconocimiento, y lo mismo en el caso del matrimonio de los padres. La ley de 1870 no contiene capítulo especial sobre este extremo, pero su doctrina es equivalente á la del precepto.

Partidas de matrimonios. — Se limitaba el proyecto de 1851 á determinar los requisitos que habían de contener

tales partidas (día y lugar de la celebración, cumplimiento de los preceptos del Derecho canónico y del civil, nombre, apellido, edad, domicilio ó residencia de los cónyuges y de los padrinos) y á establecer que cuando de un juicio civil ó criminal resultase la celebración de un matrimonio, se pusiere en el libro parroquial copia de la ejecutoria. La ley del Registro exige muchos más requisitos en la partida de matrimonio, y se ocupa además de los contraídos por extranjeros en España y por españoles en el extranjero.

Partidas de defunción.—No podía ser enterrado un cadáver sin la licencia de la autoridad local, previa á su vez certificación de defunción de un facultativo y la del que asistió al difunto, y transcurridas veinticuatro horas desde el fallecimiento,

Si el cadáver presentase indicios ó señales de muerte violenta, la autoridad local, asistida de dos ó más facultativos, debía proceder á la inspección del cadáver y descubrimiento de la verdad.

Si el fallecimiento había ocurrido en hospital, cárcel ú otro establecimiento público, era obligación del jefe del mismo solicitar la oportuna licencia, no haciendo constar en la partida aquella circunstancia.

En cuanto al que hubiese sufrido la pena de muerte, los jueces encargados de cumplir la sentencia debían de dar el correspondiente permiso para el entierro.

En todo lo dispuesto en los párrafos anteriores, el proyecto del 51 es semejante á la ley del Registro civil.

Rectificación del Registro.—No podía adicionarse ni enmendarse ninguna partida, una vez firmada, sino en virtud de ejecutoria del Tribunal civil competente, que esto mismo es lo que preceptúa la ley del Registro, salvo cuando se trate de una equivocación meramente material ó de copia, en que baste un sencillo expediente.

Merece alabanzas el proyecto de 1851 por haber acogido la institución del Registro; pero también precisa decir que contenía preceptos ajenos y contrarios al espíritu de la misma, y grandes vacios que ha llenado con acierto la ley de 1870.

PROYECTO DE 1882

TUTELA Y CONSEJO DE FAMILIA

Libro primero.—Títulos VII y VIII.—Artículos 165 al 279.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 165 al 171).—Capítulo II: De la tutela testamentaria (artículos 172 al 176).—Capítulo III: De la tutela legítima.—Sección 1.ª: De la tutela de los menores (artículos 177 y 178).—Sección 2.ª: De la tutela de los locos y sordomudos (artículos 178 al 186).—Sección 3.ª: De la tutela de los pródigos (artículos 187 al 193).—Sección 4.ª: De la tutela de los que sufren interdicción (artículos 194 al 196).—Capítulo IV: De la tutela dativa (artículos 197 y 198).—Capítulo V: Del protutor (artículos 199 al 202).—Capítulo VI: De las personas inhábiles para ser tutor y protutor, y de su remoción (artículos 203 al 209).—Capítulo VII: De las excusas de la tutela y protutela (artículos 210 al 217).—Capítulo VIII: Del afianzamiento de la tutela (artículos 218 al 226).—Capítulo IX: Del ejercicio de la tutela (artículos 227 al 244).—Capítulo X: De las cuentas de la tutela (artículos 245 al 253).—Capítulo XI: Del registro de las tutelas (artículos 254 al 258).—Título VIII: Del consejo de familia.—Sección 1.ª: De la formación del consejo de familia (artículos 259 al 268).—Sección 2.ª: De la manera de proceder el consejo de familia (artículos 269 al 279).

La sola lectura de los epígrafes basta para comprender la analogía que guardan el Código vigente y el proyecto que estudiamos. Pocas son, en efecto, las diferencias que existen en la materia referente á instituciones de tanta importancia como la tutela y el consejo de familia. El Código vigente viene á ser exacto reflejo del proyecto de 1882. Por eso nos limitaremos á dar cuenta de aquellos artículos que han sufrido alguna alteración en su primitivo texto.

El art. 182 del proyecto, correspondiente á la sección que

trata de la tutela de los locos y sordomudos, disponía que antes de la declaración de incapacidad, los tribunales debían oir al consejo de familia. El art. 216 del Código vigente consigna esta misma doctrina, añadiendo que los tribunales por sí mismos examinarán al denunciado como incapaz.

Los artículos 220 y 136 del Código y proyecto respectivamente contienen iguales preceptos, y sólo se observa una diferencia en el caso 5.° de ambos artículos. El proyecto decía que correspondía también la tutela de los locos y sordomudos á los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas. Igual precepto contiene el caso 5.° del artículo 220 del Código, estableciendo como nota saliente que corresponde la tutela á dichos hermanos varones y hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el núm. 4 del art. 211, esto es, al mayor de los hermanos varones del doble vínculo, y á falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

El art. 193 del proyecto, en su inciso 2.°, dice que la tutela de los pródigos corresponde á los abuelos paterno y materno cuando se hallasen, á juicio del consejo de familia, en edad de desempeñarla, precepto completamente nuevo y no consignado en el art. 227 del moderno Código.

El caso 9.° del art. 203 del proyecto establece que no pueden ser tutores ni protutores los que litigasen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre hubiese dispuesto otra cosa. El caso 9.° del art. 237 del Código actual amplía este precepto, consignando que los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, no pueden ser tutores ni protutores de éste, á menos que el padre, *ó en su caso la madre*, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.

Análogos son los preceptos de los artículos 204 del proyecto y 238 del Código vigente. El primero dice que serán removidos de la tutela aquellos que se ingieran en la administración de la misma sin haber reunido el consejo de fami-

lia y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla. El segundo consigna idéntica declaración, y sólo añade al final «sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla é *inscrito la hipotecaria.*»

Concluye la tutela, según el proyecto del 82, por dos causas, siendo una de ellas la de llegar el menor á la edad de veintiún años. El art. 278 del Código actual se aparta de este precedente, estableciendo que una de las causas por las que queda extinguida la tutela es la de llegar el menor á la edad de veintitrés años, por la habilitación de edad y por la adopción. Comparando, pues, el proyecto y el Código, resultan algunas modificaciones acerca de este importante particular.

Estas son las pequeñísimas diferencias que se encuentran al estudiar instituciones tan importantes y transcendentales como la tutela y el consejo de familia. En algunos artículos se observa distinta redacción; pero, á pesar de variar en la forma, el fondo viene á ser el mismo.

EMANCIPACIÓN Y MAYOR EDAD

Libro I.—Título IX.—Artículos 280 al 287.

Capítulo I: De la emancipación (artículos 280 al 285).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 286 y 287).

La emancipación, según el proyecto que examinamos, tiene lugar por dos causas: por el matrimonio y por concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad, y á falta de éstos, por la del consejo de familia. El art. 314 del Código vigente añade una causa que omite el proyecto: la mayor edad. Respecto del beneficio de la mayor edad, tiene que ser aprobada, según el moderno Código, por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal, requisitos omitidos en el proyecto de 1882.

Tanto el proyecto como el Código están conformes en que la emancipación se otorgue en escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal, y sólo varían en el acto referente á la inscripción, pues en tanto que el primero dice que debe inscribirse en el Registro de tutelas, el segundo establece que ha de hacerse en el Registro civil.

Todos los artículos son iguales en el fondo, excepto el artículo 317 del vigente Código que ha añadido que hasta que llegue á la mayor edad el menor no podrá tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste de su madre, y faltando ambos, sin el de su tutor, no pudiendo tampoco comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

La mayor edad principia, según el proyecto, á los veintiún años cumplidos, y á los veintitrés según el Código actual. El art. 287 del proyecto es igual al 321 del Código, y los restantes artículos de éste no constaban en aquél.

REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título X.—Artículos 288 al 334.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 288 al 301).—Capítulo II: De la inscripción de los nacimientos (artículos 302 al 311).—Capítulo III: De la inscripción de los matrimonios (artículos 312 al 315).—Capítulo IV: De la inscripción del reconocimiento y legitimación de los hijos (artículos 316 y 317).—Capítulo V: De la inscripción de las defunciones (artículos 318 al 325).—Capítulo VI: De la inscripción de la naturalización (artículos 326 al 333).—Disposiciones comunes á las secciones anteriores (art. 334).

El proyecto de 1882 inserta, en la parte referente á esta materia, la ley del Registro civil, que se omite en el Código vigente, acaso porque esta ley viene á tener un carácter adjetivo, ó de procedimiento, y parece no debe constar en el Código civil, ley sustantiva por excelencia.

ALEMANIA

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

La materia que constituye el contenido del tomo presente figura en el indicado proyecto en dos libros distintos: en el primero y en el cuarto.

En el libro primero, sección segunda, trata de la menor edad y de la privación de la capacidad, refiriéndose esto último á la declaración judicial de la demencia y de la prodigalidad.

En el libro cuarto (Derecho de familia), la sección tercera se ocupa de la tutela en tres títulos. El tít. I, referente á la tutela de los menores, comprende ocho capítulos, cuyos epígrafes son respectivamente: nombramiento del tutor; administración de la tutela; cuidado é inspección general que compete á los Tribunales de tutela; tutela exenta; obligaciones del tutor respecto del pupilo y responsabilidad de los Jueces de tutela; cesación de ésta; consejo de familia; consejo municipal de huérfanos.

El tít. II lleva como tal el de «Tutela de los mayores,» ó sea de los declarados incapacitados para administrar sus bienes, y el III, «De la curatela,» relativo á los impedidos de administrar sus bienes.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LA MENOR EDAD, DE LA TUTELA y de la emancipación.

Libro I.—Título X.—Artículos 388 al 487.

Capitulo I: De la menor edad (art. 388).—Capitulo II: De la tutela.—Sección 1.ª: De la tutela de los padres (artículos 389 al 396).—Sección 2.ª: De la tutela conferida por el padre ó la madre (artículos 397 al 401).—Sección 3.ª: De la tutela de los ascendientes (artículos 402 al 404).—Sección 4.ª: De la tutela conferida por el consejo de familia (artículos 405 al 419).—Sección 5.ª: Del tutor sustituto (protutor) (artículos 420 al 426).—Sección 6.ª: De las causas que dispensan de la tutela (artículos 427 al 441).—Sección 7.ª: Incapacidad, exclusión y destitución de los tutores (artículos 442 al 449).—Sección 8.ª: De la administración de la tutela (artículos 450 al 468).—Sección 9.ª: De las cuentas de la tutela (artículos 469 al 475).—Capitulo III: De la emancipación (artículos 476 al 487).

Menor edad.—De acuerdo con lo dispuesto por casi todos los demás Codigos extranjeros, consideran como tal el individuo de uno ú otro sexo que no ha cumplido veintiún años.

Tutela de los padres.—El padre durante el matrimonio es administrador de los bienes personales del hijo menor, respondiendo de la propiedad y frutos, ó tan sólo de la propiedad, según le pertenezca ó no el usufructo de los mismos; pero una vez disuelta la sociedad conyugal, por la muerte natural ó civil de uno de los esposos, pertenece de derecho al supérstite; no obstando esto para que pueda el padre nombrar un asesor sin cuyo dictamen la madre no pueda realizar ningún acto referente á la tutela, á menos que el padre especificase clara y categóricamente los actos para los cuales no necesita la madre el dictamen del citado asesor. El nombramiento de este asesor ó consultor se hará necesariamente ó por última voluntad ó por declaración ante el Juez municipal ó Notario.

Caso de hallarse la mujer en cinta, se nombrará por el consejo de familia un curador al póstumo; nacido el hijo, será la madre su tutora, y el curador será de derecho *curador al vientre* (protutor).

La madre no está obligada á aceptar el cargo, pero cumplirá todos los deberes hasta que se nombre nuevo tutor.

Si deseare contraer posteriores nupcias, antes de verificarlas convocará al consejo de familia, quien decidirá si debe ó no continuar en el cargo; omitiendo esta obligación, perderá el derecho á su ejercicio, respondiendo su nuevo marido solidariamente de todas las consecuencias en el desempeño de la tutela.

Convocado el consejo, y no privándola de la tutela, se nombrará cotutor á su nuevo marido, quien responderá con su mujer solidariamente de la gestión posterior al matrimonio. Todas estas diversas disposiciones son ajenas á nuestro Derecho.

Tutela conferida por el padre ó la madre (*tutela testamentaria*).—El derecho de nombrar un tutor pariente ó extraño pertenece únicamente al cónyuge *supérstite*, pero la madre que contraiga nuevo enlace no tiene esta facultad para con los hijos de su primer matrimonio. Si la madre hubiese sido confirmada en la tutela, el nombramiento de un tutor no será válido sin la aprobación del consejo de familia, precepto que acepta nuestro Código en su art. 206, no estando el tutor obligado á aceptar el cargo á menos que les correspondiese por disposición expresa de la ley.

Tutela de los ascendientes (*tutela legítima*).—A falta de tutor por disposición del cónyuge supérstite, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno, y en su defecto al materno, subiendo así sucesivamente, siendo preferido el paterno al materno del mismo grado.

Si la concurrencia fuese entre bisabuelos de la línea materna, corresponde la elección al consejo de familia. Ni el

Código francés ni el belga conceden esta tutela á los hermanos, como hace el español.

Tutela conferida por el consejo de familia (*tutela dativa*).—Tiene lugar en los mismos casos que en España; es decir, cuando un huérfano menor no emancipado carezca de tutor y ascendientes varones.

Convocación y composición del consejo de familia.—Se convocará á petición de los parientes del menor, de sus acreedores, ú otras personas interesadas, ó bien de oficio por el Juez de paz del domicilio del menor. Se compondrá, además del Juez de paz, de seis parientes ó afines, vecinos del pueblo donde haya de elegirse el tutor, ó que residan á dos miriámetros (20 kilómetros), mitad de la línea paterna y mitad de la materna, prefiriéndose el pariente al afín, y entre parientes los de mayor edad, con la excepción de que si los hermanos carnales y los maridos de las hermanas del menor son seis ó más, compondrán ellos solos el consejo. Si son en número menor los parientes, serán llamados únicamente para completar el consejo de familia. Á falta de parientes ó afines, ó no residiendo dentro de la citada distancia, se completará, bien con los parientes que quieran asistir, ó con personas cuya amistad con el padre del menor fuese de todos conocida. Una vez convocado, en la cédula de citación se les fijará un término de tres días para comparecer, y un día más por cada cinco miriámetros (50 kilómetros).

Se diferencian estos Códigos del español en que el número de individuos del consejo de familia, según éste, es el de cinco, y en aquéllos el de seis, además del Juez, que no tiene en España más intervención que presidir la junta para la formación del consejo, y en que la distancia de 30 kilómetros para excusarse está reducida en los que estudiamos á 20.

Acto de constituirse el consejo de familia.—Una vez que los parientes comparezcan, bien por sí ó por representación,

ó no compareciendo, en cuyo caso se impondrá una multa que no excederá de 50 francos, el Juez de paz reunirá ó prorrogará la reunión. Ésta se verificará en el Juzgado de paz, presidiendo el Juez (con voz, y aun con voto en caso de empate (con arreglo al Código español, el Presidente es el vocal que elijan los demás), verificándose el nombramiento de un tutor, que empezará á ejercer el cargo desde su nombramiento estando presente; no estándolo, desde la notificación del acuerdo, cargo que es personal é intransmisible, pero sus causahabientes responderán de la gestión del tutor, y si son mayores ejercerán sus funciones hasta nuevo nombramiento de tutor. Si el menor domiciliado en el continente tuviere bienes en las colonias ó viceversa, se le proveerá de un tutor especial para estos bienes, obrando en este caso el tutor y el tutor sustituto (protutor) con la más completa independencia, y respondiendo de su respectiva gestión. Nuestro Código no contiene disposición alguna análoga á ésta.

Del tutor sustituto (protutor). — En toda clase de tutela existirá un tutor sustituto nombrado por el consejo de familia, reduciéndose sus funciones á obrar en nombre de los intereses del menor cuando se encuentren en oposición con los del tutor.

Sus obligaciones.—Los Códigos de Francia y Bélgica las señalan con concisión al decir que «sus funciones se reducirán á obrar en favor de los intereses del menor siempre que estén en oposición con los del tutor,» concepto demasiado lato y en extremo diverso del art. 261 del español, que particulariza cada una de sus obligaciones.

Una vez conferido el cargo de tutor en los casos de tutela testamentaria ó legítima deberá convocar al consejo de familia; caso de no cumplir esta formalidad, el consejo, bien convocado á instancias de algún pariente, ó de oficio por el Juez, podrá privarle de la tutela, sin perjuicio de la indemnización que proceda si en su omisión intervino dolo.

En ningún caso tomará parte en la votación en que se le nombre protutor. El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea que el tutor, salvo el caso en que fuesen hermanos.

El tutor sustituto (ya hemos dicho *protutor* por ser su verdadero nombre y no ateniéndonos á la traducción literal) no reemplazá al tutor en caso de fallecimiento ó ausencia, pero provocará inmediatamente el nombramiento de nuevo tutor, cesando las funciones del protutor en la misma época que la tutela.

De las causas que excusan de la tutela.—Son análogas á las establecidas en nuestro Código civil. El derecho francés, sin embargo, admite el concepto de excusas, el desempeño de cargo público en departamento distinto de aquel en donde ha de ejercer el tutor sus funciones y el ejercicio fuera del territorio francés de una misión confiada por el Jefe del Estado. Mantiene analogías con nuestro derecho en lo relativo á la edad y al desempeño de tutela anterior; la diferencia consiste en que, según nuestro Código, la edad de sesenta años es suficiente causa de excusa y el Código francés exige sesenta y cinco, y en que este último requiere la gestión de dos tutelas, en vez de una que señala el Código español. El estado eclesiástico y el no saber leer ni escribir no son excusas en el derecho francés, aunque esta última causa esté literalmente contenida en las de incapacidad.

Forma de alegar las excusas.—El tutor presente en la reunión en que se le confiera el cargo, deberá alegar en el acto sus reclamaciones; de otra suerte no le serán admitidas. Si no hubiese asistido, convocará al consejo de familia para que éste delibere, pero siempre dentro del término de tercero dia ó un día más por cada tres miriámetros (30 kilómetros) de distancia de su domicilio. Desechadas sus excusas, podrá reclamar su admisión ante los Tribunales, desempeñando durante la sustanciación el cargo. Declarándosele exento, serán condenados en costas los que no admitie-

ron sus excusas; en caso contrario, las pagará el tutor. Estas disposiciones son análogas á las de nuestro Código.

Incapacidad, exclusión y destituciones de los tutores.— No pueden ser tutores: los menores; los interdictos; las mujeres, excepto la madre ó ascendientes; los que litiguen con el menor y los que hubiesen sido exonerados de una tutela anterior; los condenados á pena aflictiva, personas de mala conducta; los que demuestren su incapacidad ó infidelidad sobre el estado civil, capital ó bienes del mismo. Iguales causas inhabilitan para ser miembro del consejo de familia. Como observarán nuestros lectores, son éstas las mismas prohibiciones que establece el Código español, si bien éste contiene otras más, como son: quebrados y concursados no rehabilitados; los deudores al menor de sumas de consideración; los religiosos profesos y los extranjeros que no residan en España.

Todo acuerdo del consejo de familia que excluya ó remueva al tutor será fundado, oyéndose previamente á éste; si el tutor se conforma, el nuevamente nombrado entrará en el ejercicio de sus funciones; no conformándose, podrá recurrir ante los Tribunales, preceptos todos que se encuentran también consignados en el Código vigente en nuestra patria.

De la administración de la tutela.—El tutor velará por la persona del menor y le representará en todos sus negocios, con toda la diligencia de un buen padre de familia, respondiendo de todos los daños que su mala gestión le origine, como dispone el Código español.

Prohibiciones del tutor.—No puede comprar los bienes del menor ni arrendarlos, á no ser que el consejo de familia autorice al protutor para otorgar escritura en favor del tutor; recibir cantidades prestadas á nombre y beneficio del pupilo, así como tampoco vender ni hipotecar bienes inmuebles sin expresa autorización del consejo de familia. Esta autorización sólo se concederá en caso de evidente y urgente necesidad, haciéndose constar en información sumaria, y

teniendo en cuenta que estos acuerdos no son ejecutivos sino después de haber obtenido el tutor confirmación por el Tribunal de primera instancia. La venta se verificará en pública subasta presidida por un miembro del Tribunal de primera instancia y á presencia del sustituto (protutor). Las formalidades indicadas no son necesarias cuando por sentencia de un Tribunal se trate de proceder á su enajenación (1). Estas diversas disposiciones forman también parte de la legislación española actual, excepto la necesidad de que los Tribunales confirmen el acuerdo del consejo de familia referente á la venta de los bienes del pupilo, pues exige sólo el citado acuerdo.

Inventario.—En los diez días siguientes al de su nombramiento deberá el tutor formalizarlo. Al mes siguiente venderá en presencia del protutor los muebles inútiles ó improductivos en subasta pública, excepto aquellos que conserve por disposición del consejo de familia. Nuestro Código impone asimismo al tutor (art. 264, núm. 3.°) la obligación de hacer inventario, pero sin señalarle término, que deja al arbitrio del consejo de familia.

Gastos de administración.—Al comenzar la tutela, el consejo de familia los determinará prudencialmente, con inclusión, no sólo de la administración, sino del gasto anual del menor, autorizándosele ó no para nombrar administradores subalternos. Asimismo deberá determinar la colocación de los capitales en el plazo de seis meses para que devenguen el debido interés. Si el tutor no solicitase dicha medida del consejo de familia, pagará los intereses de toda suma por módica que sea.

Tampoco puede aceptar ni repudiar herencia sin autorización del consejo de familia. En todo caso, la aceptación se hará á beneficio de inventario. Si la herencia repudiada no

(1) En Bélgica han sufrido algunas modificaciones estos preceptos por la ley de 12 de Junio de 1816.

fuere aceptada por otra persona, puede ser adquirida de nuevo en virtud de otro acuerdo del consejo de familia y en el estado en que se encuentre. Sin autorización no puede aceptar las donaciones hechas al menor. La misma autorización le será necesaria para entablar demandas relativas á derechos sobre bienes inmuebles y para proponer una partición, pero no le es necesaria para contestar á la demanda. Para terminar: el tutor necesita para transigir en nombre del menor, además de la autorización del consejo de familia, dictamen de tres letrados designados por el fiscal del Tribunal de primera instancia, así como también necesita autorización para recluir en establecimiento de corrección al menor, cuya conducta grave pueda dar motivo de queja.

Cuentas de la tutela.—Terminada su gestión, dará cuentas definitivas. También las dará en los plazos y épocas que determine el consejo de familia, sin poder ser compelido á dar más de una por año, no siendo aplicable esta disposición al tutor que lo sea de sus propios hijos. La cuenta definitiva se dará á expensas del menor, abonándosele al tutor los gastos justificados, resolviéndose las cuestiones que se susciten, como cualquier demanda civil, y produciendo intereses la cuenta debida al tutor desde su presentación. Las acciones que tenga el pupilo contra el tutor prescriben á los diez años, á contar desde la mayor edad. En esto último se diferencia nuestro Código de los que venimos estudiando, pues dicho plazo es de cinco años; en lo demás guarda bastante analogía en cuanto á lo substancial.

Emancipación.—El matrimonio del menor produce de derecho su emancipación. Aunque no esté casado puede ser emancipado por su padre, ó su madre en su defecto, al cumplir los quince años, prestando declaración ante el Juez. El huérfano, una vez cumplidos los diez y ocho, si lo juzga capaz el consejo de familia, podrá también ser declarado emancipado.

Como nuestro Código, el francés y el belga admiten la

emancipación por el matrimonio, la voluntaria, ó sea por concesión del padre ó de la madre, si bien la permiten á los quince años en vez de los diez y ocho de aquél, y sólo por declaración judicial, y lo que el Código español llama beneficio de la mayor edad (artículos 322 y 323).

Capacidad del menor emancipado. — Puede otorgar arrendamientos que no excedan de nueve años, recibir sus rentas, dar recibos, ejecutar actos de pura administración; pero no le compete el beneficio de la restitución: no puede intentar acciones sobre bienes inmuebles, contestarlas, recibir y dar cartas de pago de un capital sin asistencia de su curador, tomar dinero á préstamo sin acuerdo previo del consejo de familia, confirmado por el Tribunal de primera instancia, y vender bienes inmuebles. Con respecto á las obligaciones nacidas de compra ó venta, pueden reducirse en caso de lesión, habida consideración á la fortuna del menor y á la buena ó mala fe de las personas con quienes contrató.

Esta capacidad viene á ser la misma, y con restricciones análogas á las que establece el art. 317 del Código español.

Podrá revocarse la emancipación si el menor hubiere hecho mal uso de este beneficio, en cuyo caso entrará nuevamente en tutela, precepto opuesto al del art. 319 de nuestro Código, que declara que «concedida la emancipación, no podrá ser revocada.» El menor emancipado que se dedique al comercio se le reputa como mayor en todos los actos relativos á la industria mercantil, disposición equivalente en cierto modo á la del art. 4.° del Código de Comercio español que concede capacidad legal para ejercer éste al mayor de veintiún años no sujeto á la patria potestad.

DE LA MAYOR EDAD, DE LA INTERDICCIÓN y del asesor judicial.

Libro primero.—Título XI.—Artículos 488 al 515.

Capítulo I: De la mayor edad (art. 488).—Capítulo II: De la interdicción (artículos 489 al 512).—Capítulo III: Del consejero judicial (artículos 513 al 515).

Mayor edad.—La mayor edad empieza á los veintiún años cumplidos, y por edad se adquiere capacidad para todos los actos de la vida civil (1).

Interdicción.—El mayor de edad en estado habitual de imbecilidad ó locura estará sujeto á interdicción, aun teniendo intervalos de lucidez, pudiendo solicitar la interdicción cualesquiera de sus parientes y el cónyuge. Este precepto es más amplio que el del Código español, que limita el derecho á los parientes que sean herederos ab-intestato del presunto incapaz. Si el caso fuera de locura y no se solicitase la interdicción por las mencionadas personas, deberá pedirla el Fiscal, no sólo en este caso, sino en todos aquellos en que el incapaz no tenga parientes ni estuviere casado, declaración que se hará en juicio por medio de testigos ó documentos de prueba, informando el consejo de familia, que se convocará y reunirá al efecto, no pudiendo formar parte de él los que hubiesen solicitado la interdicción.

Los Códigos que examinamos siguen ocupándose de los trámites que han de seguirse en el curso del juicio, detalles

---

(1) Habiendo visto consignado en algunas traducciones de los Códigos francés y belga (sin duda por error material), que la mayor edad comenzaba á los veinticinco años, nos creemos obligados, para deshacer un error tan importante, á transcribir literalmente el texto original francés, que dice así:

«Art 488. La mayorité est fixée á vingt un ans (*veintiún*) accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civil, sauf la restriction portée au titre du Mariage.»

que por no ser materia sustantiva omitimos en este nuestro ligero estudio.

Declarado incapaz, se le nombrará asesor (curador ejemplar en nuestro anterior Derecho, hoy tutor) en cuya virtud todos los actos que el interdicto verifique sin su asistencia serán declarados nulos.

El marido es el tutor legal de su mujer sujeta á interdicción, así como la mujer podrá ser nombrada tutora de su marido, determinando, en este caso, el consejo de familia la forma y condiciones de su administración.

Duración de esta tutela.—Nadie estará obligado á conservar por más de diez años la tutela de interdicción, exceptuándose los cónyuges, ascendientes y descendientes del interdicto, que deberán continuar en el cargo. Concluído aquel plazo, deberá el tutor obtener su reemplazo. Nuestro Código no señala término especial; sólo el común á todas las diversas clases de tutela.

Reglas especiales de esta tutela.—El individuo interdicto será considerado como menor en lo relativo á su persona y bienes, debiéndose aplicar sus rentas á mitigar su suerte y á acelerar su curación, pudiendo en caso necesario ser trasladado á un establecimiento de salud ó á un hospital. Esto es lo mismo que preceptúa el caso 2.° del art. 261 del Código español al establecer como una obligación del tutor el procurar por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente ó sordomudo, que éstos adquieran ó recobren su capacidad. Cuando se trate del matrimonio del hijo de una persona interdicta, se arreglará la dote á cuenta del anticipo de la herencia, y las demás estipulaciones por medio de dictamen del consejo de familia, aprobado por el Tribunal previo informe legal.

Término de la interdicción.—Cesa con la desaparición de las causas que la originaron (igual en esto á lo dispuesto por el Código español), no declarándosele capaz sin haber observado las mismas formalidades prescritas para la incapa-

cidad, y no recobrando sus derechos sino después de pronunciada la sentencia. Nada de esto último dispone nuestro Código.

Consejero judicial.—Puede prohibirse á los pródigos el litigar, transigir, tomar dinero á préstamo, recibir un capital mueble y dar carta de pago de él, enajenar é hipotecar sus bienes sin la asistencia de un *asesor* nombrado por el Tribunal.

También puede decretarse la prohibición sin asistencia de ese consultor, á instancia de los que tengan el derecho de solicitar la interdicción. Sea de un modo ó de otro, para decretarla es necesario que se pruebe en juicio y se pronuncie sentencia, oyéndose al Ministerio público, tanto en primera instancia como en apelación.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro primero.—Título II.—Artículos 34 al 101.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 34 al 54).—Capítulo II: De las actas de nacimiento (artículos 55 al 62).—Capítulo III: De las actas de matrimonio (artículos 63 al 76).—Capítulo IV: De las actas de fallecimiento (artículos 77 al 87).—Capítulo V: De las actas del estado civil relativas á los militares ausentes del territorio francés ó belga (artículos 88 á 98).—Capítulo VI: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 99 al 101).

Tratándose de una materia que en nuestro sentir reviste un carácter adjetivo, nos limitamos á exponer los rasgos generales que la distinguen en relación con los escasos artículos que, á manera de bases, contiene nuestro Código sobre este particular.

No establecen el francés ni el belga el precepto del artículo 325 del español, de que «los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado á este efecto»; pero implícitamente lo comprende desde el momento en que sujeta á la inscripción dichos actos

(nacimiento, matrimonio, reconocimiento y defunción), actos que son los mismos que el 326 del nuestro, y el epígrafe del título es el «De las actas del estado civil».

El Registro está á cargo de los llamados oficiales del estado civil.

No se exige tampoco la presentación del recién nacido para el efecto de la inscripción, bastando la declaración del padre, madre, médicos, etc., como establece el art. 328 del Código patrio, derogatorio en esta parte de la ley de Registro civil.

Innecesario es decir que los Códigos que estudiamos no encierran la disposición del art. 329 del español referente á los matrimonios, producto exclusivo de la forma de celebración de dicho matrimonio aceptada por nuestro Código.

ITALIA

MENOR EDAD, TUTELA Y EMANCIPACIÓN

Libro primero. — Título IX. — Artículos 240 al 322.

Capítulo I: De la menor edad (art. 240).—Capítulo II: De la tutela.—Sección 1.ª: De los tutores (artículos 241 al 248).—Sección 2.ª: Del consejo de familia (artículos 249 al 263).—Sección 3.ª: Del protutor (artículos 264 al 267).—Sección 4.ª: De la incapacidad, exclusión y remoción de los tutores (artículos 268 al 271).—Sección 5.ª: De las causas de dispensa de los cargos de tutor y protutor (artículos 272 al 276).—Sección 6.ª: Del ejercicio de la tutela (artículos 277 al 301).—Sección 7.ª: De la dación de cuentas de la tutela (artículos 302 al 308).—Capítulo III: De la emancipación (artículos 310 al 322).

Menor edad.—Lo es el que no ha cumplido veintiún años.

Tutela.—El Código italiano no hace una clasificación de las especies de la tutela, sino que en este capítulo que vamos á examinar las comprende todas, sin darles el apelativo

que, por razón de su nombramiento, á cada una de ellas pertenece; no obstante, nosotros, con el deseo de hacer más sencillo y menos monótono este trabajo, las iremos denominando por sus verdaderos títulos.

La tutela tiene lugar si los padres han muerto, están ausentes en ignorado paradero ó incurrido por sentencia en pérdida de la patria potestad.

Tutela testamentaria.—Corresponde nombrar tutor, pariente ó extraño, al padre, ó en su defecto á la madre, haciéndose el nombramiento por testamento ó por acta notarial, siendo nulo el nombramiento si á la fecha de su muerte no estuviesen en el ejercicio de la patria potestad.

Tutela legítima.—Si los padres no hiciesen el nombramiento, pertenece de derecho la tutela al abuelo paterno, y en su defecto, al materno.

Tutela dativa.—Quedando el menor sin padres y sin tutor nombrado por éstos, ó si el tutor fuere excluído ó se hubiese excusado, procederá el consejo de familia al nombramiento de tutor, no pudiéndose en ningún caso, cualquiera que sea el número de los hijos, nombrarles más que un solo tutor, en oposición esto último á lo que establece el artículo 208 de nuestro Código. Si alguno instituye por heredero á un menor, puede nombrarle curador especial únicamente para la administración de los bienes, aun estando aquél sujeto á la patria potestad.

Tutela de los hijos naturales.—Durante su menor edad, si son reconocidos conjuntamente por el padre y la madre, tienen éstos la tutela legal, siendo preferido el padre. Si esta tutela cesa durante la menor edad, ó si se trata de menores de padres desconocidos no acogidos en establecimientos de beneficencia, se les nombrará tutor por el consejo de tutela.

Protutor.—Puede nombrarle, en la misma forma que el tutor, quien tenga este derecho; en otro caso, lo hará el consejo de familia, precepto igual al del art. 233 del Código español. Cuando el consejo deba nombrar tutor, hará la

designación de éste y seguidamente la del protutor, no pudiendo ejercer el cargo el primero sin que haya sido nombrado el segundo, debiendo, si no lo hubiere, reclamar su nombramiento. Si omite este requisito, será removido, respondiendo de los perjuicios ocasionados. El protutor obra en nombre del menor, representándole en los casos de intereses contrapuestos entre el menor y su tutor, debiendo exigir el nombramiento de nuevo tutor en caso de vacante ó ausencia, y ejecutar, hasta que se verifique el nombramiento, todos los actos de administración que no admitan demora. Al nombrarse nuevo tutor, cesa el protutor, á no ser reelegido por el consejo de familia.

Incapacidad, exclusión y remoción de los tutores —En general, son inhábiles las mismas personas declaradas como tales en nuestro Derecho patrio; citaremos solamente las que sean diferentes.

Están incapacitados: las mujeres, excepto las ascendientes y hermanas no casadas; los condenados á pena correccional antes de extinguida la condena. Si estuviere desempeñando la tutela y la pena excediere de un año de prisión, será destituido; si la pena fuere menor de un año, es potestativo en el consejo de familia la destitución del tutor, debiendo interponerse las reclamaciones á que esto diere lugar ante el consejo de familia, sin perjuicio de acudir á los Tribunales, reclamación que podrá hacerse por el Ministerio público. Por último, el Código italiano no cita entre los incapacitados á los religiosos profesos, á los extranjeros ni á los que adeudasen sumas de consideración al menor, como dispone el art. 277 del Código vigente en nuestra patria.

El consejo de familia, antes de destituir al tutor y al protutor, deberá citarlos y oirlos, disposición análoga á la del artículo 239 de nuestro Código.

Causas de dispensa de los cargos de tutor y protutor.— Siguiendo nuestro propósito, citaremos tan sólo las excusas

no insertas en el Código español, sobreentendiéndose las no citadas como comprendidas en el italiano. Lo mismo haremos con las secciones sucesivas.

Pueden *excusarse:* los Príncipes de la familia Real, cuando no se trate de otros Príncipes de su familia; las mujeres que puedan desempeñar la tutela; los mayores de sesenta y cinco años; los que tengan cinco hijos vivos, computando para este efecto los muertos en el servicio naval ó militar; los que desempeñen una misión oficial fuera del Reino, ó por servicio público residan fuera del territorio del tribunal donde la tutela se halle constituída.

Tanto los trámites para proponer las excusas, como para apelar de las decisiones del consejo de familia, son idénticos á los de nuestro Derecho novísimo.

Ejercicio de la tutela.—Bajo este epígrafe va también comprendido el afianzamiento de la tutela. Como esta sección guarda profundas analogías con nuestro Código, haremos su estudio sumariamente.

El tutor es el representante del menor en todos los actos civiles y el administrador de sus bienes, doctrina equivalente á la del art. 262 del Código español.

Cuando no se ejerza la tutela por el abuelo paterno ó materno, el consejo de familia puede acordar el lugar donde deba residir el menor, así como la educación que haya de dársele, explorando su voluntad si hubiese cumplido diez y seis años. El tutor puede quejarse de la conducta del menor al consejo, en cuyo caso el presidente tomará las medidas oportunas, pudiendo solicitar su ingreso en establecimiento de corrección. El menor obedecerá y respetará á su tutor, pero si éste abusase, el menor podrá acudir al consejo de familia.

Inventario.—El tutor, en los diez días siguientes á la notificación del cargo, pedirá que se proceda al inventario, no obstante cualquiera dispensa, terminándolo en el plazo de un mes; pero el pretor puede prorrogar el plazo si fuese necesario. El inventario se hará con intervención del protu-

tor y con dos testigos, elegidos por los parientes ó amigos de la familia, y por Notario nombrado por los padres del menor, ó en su defecto, por el consejo de familia. El inventario se depositará en la pretura; en el acto del depósito, el tutor y protutor declararán bajo juramento la exactitud del inventario. Se hará inventario de los créditos, muebles y deudas, escrituras, papeles y todo lo relativo al activo y pasivo del patrimonio, designándose los inmuebles. Si en el patrimonio existiesen establecimientos industriales ó mercantiles, se hará el inventario en las formas usuales en el comercio, registrándose su extracto en el inventario general. Si tuviere créditos el tutor contra su pupilo deberá declararlo al ser requerido por el Notario antes de verificarse el inventario; si se realizase sin intervención de Notario, hará la pregunta el pretor, haciéndose constar la respuesta en el acta de depósito. Si sabiéndolo al ser preguntado no presta la indicada declaración, perderá todos sus derechos, que es lo que dispone nuestro Código en su art. 267; si fuere deudor y lo ocultase, será removido de la tutela. Omitiendo hacer el inventario en el término señalado, será destituido, además de la indemnización de daños y perjuicios, para lo cual, durante la formación de inventario, la administración del tutor se limitará á los negocios que no admitan dilación. En el plazo de los dos meses siguientes á la formación de inventario, el tutor venderá en pública subasta los bienes muebles del menor. El consejo de familia puede autorizar al tutor para conservar parte de los muebles ó para venderlos privadamente.

Concluído el inventario, se formará por el consejo de familia presupuesto de gastos para manutención y educación del menor, determinándose también por aquél cómo ha de emplearse el remanente de los gastos. El tutor que no procurase que sobre estos extremos recayere acuerdo del consejo de familia será responsable, pasados tres meses, de los intereses de la suma que exceda de los gastos necesarios.

Fianza.—No siendo el tutor abuelo, paterno ó materno, del menor, ó no estando dispensado por el consejo de familia, con aprobación del Tribunal, prestará fianza. El consejo de familia determinará cómo ha de prestarse ésta, constituyéndose hipoteca legal sobre sus bienes si el tutor no prefiere otra forma.

Si los que posea son insuficientes, se nombrará á otra persona para el desempeño del cargo. El mismo consejo podrá obligar al tutor á constituir fianza si hubiere sido dispensado de prestarla ó eximirle de la que constituyó; también puede autorizar al tutor para agregar á la administración, bajo su responsabilidad, una ó más personas asalariadas.

Prohibiciones respecto del tutor.—No está autorizado el tutor para verificar arrendamientos que excedan de nueve años sin autorización del consejo de familia.

Tampoco el tutor ni el protutor pueden comprar los bienes del menor ni aceptar cesión de cuentas ó créditos contra el mismo, restricciones establecidas también en nuestro Código, ni tomar en arrendamiento sus bienes sin autorización del consejo de familia.

Otras varias prohibiciones existen análogas á las establecidas por nuestro Código civil.

Respecto de los casos en que se necesita la autorización del consejo de familia, rige el precepto de que el tutor habrá de ser autorizado especialmente para cada acto y contrato.

Todos los acuerdos del consejo de familia relativos á enajenar ó gravar bienes del menor, tomar dinero á préstamo, transigir y celebrar compromisos que interesen al menor, deberán ser aprobados por los Tribunales. En esta parte se diferencian el Código italiano y el español, pues éste no exige la aprobación judicial, bastando el acuerdo del consejo de familia.

Dación de cuentas de la tutela.—Todo tutor, al terminar su administración, está obligado á rendir cuentas. El tutor,

excepto el abuelo paterno ó materno, presentará cada año un estado de su administración, que se examinará por uno de los miembros del consejo de familia antes de que éste delibere, preceptos que contiene también nuestro Código. Estos estados se expedirán gratuitamente sin ninguna formalidad judicial, y después que el consejo de familia tome acuerdo, se depositarán en las oficinas del pretor, presentándose cuenta definitiva al cumplir el pupilo la mayor edad ó cuando se haya emancipado, á costa del menor, pero anticipadas por el tutor, admitiéndose todos los gastos justificados en forma que sean útiles al menor.

Cuando la administración del tutor cese antes de la mayor edad, se rendirán las cuentas en presencia del protutor á la persona nombrada para la tutela, no siendo definitiva hasta la aprobación del consejo de familia; muriendo el pupilo en su minoría, se remitirán á sus herederos; al llegar á la mayor edad se le rendirán á él mismo, no quedando libre de responsabilidad el tutor si no interviene el protutor ó persona nombrada por el pretor. La suma debida por el tutor produce intereses sin necesidad de demanda desde que se ultimaron las cuentas, pero las del menor al tutor no los devengarán hasta después de presentada demanda judicial, doctrina algún tanto diversa de la del art. 286 del Código patrio.

Las acciones del menor contra el tutor y protutor, y las del tutor relativas á la tutela, prescriben á los diez años, contándose este período de tiempo desde la mayor edad ó la muerte del pupilo, excepto la relativa al pago del resto que resulte de la cuenta definitiva. El Código italiano establece el mismo término para dichas acciones que nuestro proyecto de 1851, y doble que el del Código actual.

Consejo de familia.—Al principiar la tutela se constituye este consejo, cuyo presidente es el pretor del distrito. Si el tutor mudase su domicilio á otro distrito, podrá constituirse en él el consejo de familia, con permiso del Tribunal civil.

El Oficial del estado civil que reciba declaración del fallecimiento de una persona dejando hijos menores, ó ante el cual contraiga matrimonio una viuda, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del pretor. Igual deber tienen los parientes, el tutor testamentario ó el legítimo, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que se ocasionasen al menor, sanción que establece el art. 293 del Código español.

El pretor, recibidos los oportunos informes, convocará al consejo de familia á fin de acordar lo más conveniente para los menores.

Composición del consejo de familia.—Éste se compone del pretor que lo convoca y preside, y de cuatro miembros, formando además parte de él el tutor, protutor, y para el menor emancipado el curador, pudiendo el menor, una vez cumplidos diez y seis años, asistir al consejo, previa notificación, pero sin voto. Pueden formar parte del consejo de familia: 1.°, los ascendientes masculinos del menor; 2.°, los hermanos carnales; 3.°, los tíos; en cada orden son preferidos los más próximos, y en igualdad de grados los de mayor edad. En su defecto, ó no existiendo número suficiente, el pretor nombrará los más próximos parientes y afines del menor; faltando éstos, á las personas que hubieren tenido relaciones de amistad con el padre. Como vemos, las personas que pueden formar parte del consejo de familia vienen á ser las mismas que en España.

Dispensas.—El pretor, por motivos justificados, puede dispensar del cargo de individuo del consejo de familia á las personas que lo soliciten, reemplazándolas por otras.

Las personas llamadas, concurrirán personalmente al consejo; la ausencia, no justificada, se penará con multa que no excederá de 50 liras (50 pesetas). Si la ausencia fuese habitual, será reemplazado por otro, pero si no fuere justa, á petición fiscal puede extenderse la multa hasta 500 liras (500 pesetas).

Constituído el consejo, el acta de la primera sesión enun-

ciará los hechos por los cuales resulte la cualidad de cada uno de sus miembros, delarando haberse constituído en forma. Transcurridos seis meses desde la primera convocatoria, no podrá alegarse la incompetencia del consejo; sin embargo, no podrán anularse sus actos en perjuicio de tercero de buena fe. Mientras dure la tutela, el pretor convocará el consejo de familia á instancia del tutor, protutor ó curador, ó de personas legítimamente interesadas; también puede ser convocado de oficio á excitación fiscal. Para la validez de los acuerdos será necesario convocar á todos los miembros, y que por lo menos asistan tres, decidiéndose por mayoría, y en caso de empate resolverá el voto del pretor.

Prohibiciones respecto del consejo de familia.—Los individuos del consejo no tomarán parte en los acuerdos en que estén interesados (precepto consignado en el art. 307 de nuestro Código). El tutor no tendrá voto en el nombramiento, dispensa ó remoción del protutor, y éste tampoco en los mismos casos.

No habiendo unanimidad en los acuerdos, se consignarán en el acta los votos de los discrepantes, cabiendo impugnar el que se tome ante el Tribunal civil á instancia del tutor, protutor ó curador, como dispone el art. 310 del Código español.

Consejo de tutela de los hijos ilegítimos.—En interés de éstos, se constituirá un consejo de tutela, excepto en el caso de la tutela legítima, ejercida por el padre. El consejo de tutela se compondrá del pretor y cuatro personas por él designadas de entre los amigos del padre. En caso contrario, deberá componerse del pretor, dos consejeros municipales, y dos personas más, nombradas por aquel funcionario. Nuestro Código (art. 302) se aparta bastante en este punto del italiano, puesto que dentro de los hijos ilegítimos distingue los naturales de los demás, constituyendo el consejo de familia para los primeros con los parientes del padre ó de la

madre que los hayan reconocido, y sólo respecto de los segundos es cuando le forman vecinos honrados.

Expósitos.—Los niños admitidos en los hospicios que no tengan parientes conocidos, serán confiados á la administración del establecimiento en que se encuentren, sirviéndoles de consejo de tutela sin intervención del pretor. Si las circunstancias lo exigieren, puede ser elegido tutor uno de los administradores, doctrina equivalente á la del art. 303 del Código patrio.

Disposición general.—Tanto las funciones de los individuos que componen los consejos de familia, como las de tutela, como las del pretor ó de cualquier otro funcionario, son esencialmente gratuítas.

Emancipación.— La emancipación tiene lugar: por el matrimonio; por declaración del padre ó la madre, y en su defecto por el consejo de familia, una vez que el menor haya cumplido diez y ocho años. Las mismas disposiciones son aplicables al hijo natural; para otorgar la emancipación á los asilados en los hospicios, el consejo de familia será presidido por el pretor.

Declarada la emancipación, se nombrará un curador al menor emancipado. Si la emancipación fué por el matrimonio, tendrá por curador al padre, y en su defecto la madre; en caso de no existir éstos, al consejo de familia ó de tutela les corresponde el nombramiento de curador.

Las causas de emancipación son, según vemos, las mismas que en nuestro Derecho, y si bien según éste, no hay que nombrar un curador al menor, sabido es que el art. 317 del Código español declara que el menor emancipado no podrá hasta que llegue á la mayor edad tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y á falta de ambos sin el del tutor.

La mujer menor de edad casada tendrá por curador á su marido ó al curador del mismo si fuere menor ó incapa-

citado. Si fuere viuda ó separada legalmente, tendrá por curador á su padre ó madre ó á la persona que nombre el consejo de familia.

Las cuentas de la administración se darán al menor emancipado asistido del curador, pero las que éste rinda las entregará á un curador especial nombrado por el consejo de familia ó de tutela, disposición no contenida en nuestro Código.

La emancipación confiere al menor la facultad de ejercer todos los actos que no excedan de la simple administración, pudiendo, con asistencia del curador, recibir capitales á condición de buen empleo y presentarse en juicio como demandante ó demandado. Para todos los actos que excedan de la simple administración, además del consentimiento del curador, necesita autorización del consejo de familia ó de tutela, cuyos acuerdos serán siempre sometidos al Tribunal. El menor puede ser privado de la emancipación por acuerdo del consejo respectivo cuando por sus actos se demuestre su incapacidad para administrar, acuerdo que sólo se tomará á instancia del padre ó de la madre que le hubieran emancipado. Revocada la emancipación, queda nuevamente sujeto á la patria potestad ó á la tutela hasta su mayor edad. La nulidad de los actos verificados por el menor emancipado puede sólo interponerse por el tutor, el menor, sus herederos ó causahabientes. Nuestro Código proclama una doctrina contraria en absoluto á la expuesta, afirmando en su art. 319 que «concedida la emancipación, no podrá ser revocada».

DE LA MAYOR EDAD, DE LA INTERDICCIÓN y de la inhabilitación.

Libro primero.—Título X.—Artículos 323 al 342.

Capítulo I: De la mayor edad (art. 323).—Capítulo II: De la interdicción (artículos 324 al 338).—Capítulo III: De la inhabilitación (artículos 339 al 342).

Mayor edad.—Empieza á los veintiún años, adquiriéndose desde este momento la capacidad para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas por las leyes, diferenciándose del Código español, que señala los veintitrés.

Interdicción.—Con este epígrafe designa el Código que examinamos la tutela de los locos y sordomudos de nuestro novísimo Derecho civil.

El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentre en estado habitual de demencia, queda sujeto á interdicción; el no emancipado puede quedar sujeto á interdicción (tutela) en el último año de su menor edad. Puede pedirse la interdicción por cualquier pariente, por el cónyuge y por el Ministerio público, no pudiendo pronunciarse sin el parecer del consejo de familia ó de tutela y sin oir á la persona contra quien se promueve. Los que la hayan solicitado no podrán formar parte del consejo ni asistir á sus juntas, pero pueden ser oídos para dar antecedentes. Si fuere preciso, se nombrará un administrador provisional, desde que se solicitó la interdicción, para que cuide de la persona y bienes de aquel contra quien se solicite, produciendo aquélla sus efectos desde el día de la sentencia, y quedando el interdicto en estado de tutela, siendo aplicables en este caso las disposiciones comunes á los menores.

La tutela de los interdictos corresponde: 1.°, al cónyuge mayor de edad; 2.°, al padre del interdicto, ó en su defecto,

á la madre; 3.°, á falta de éstos, á quienes se nombre por el consejo de familia ó de tutela, á no ser que por los padres, previendo el caso de incapa cidad, se hubiese nombrado tutor por testamento ó por acta notarial. Las personas antedichas se hallan dispensadas de presentar los estados anuales de la tutela. Nadie, excepto los cónyuges, ascendientes y descendientes, estará obligado al desempeño del cargo por más de diez años. Como vemos, el Código italiano se aparta algún tanto del nuestro, toda vez que éste en su art. 220 designa como tutores legítimos, esto es, por ministerio de la ley, sin intervención del consejo de familia, además del cónyuge y de los padres, á los abuelos y á los hermanos y hermanas.

Validez de los actos celebrados por el incapacitado.—La dote y contratos matrimoniales celebrados por los hijos y los interdictos se regularán por el consejo de familia ó de tutela. Los ejecutados después de la sentencia de interdicción ó del nombramiento del administrador, son nulos de derecho, pudiendo solamente reclamar contra su validez el tutor, interdicto y sus causahabientes. Los actos anteriores á la interdicción pueden anularse siempre que la causa existiese ya, ó cuando concurran circunstancias que demuestren la mala fe del que con él contrató.

Muerto un individuo, no podrán impugnarse los actos por él realizados sino cuando la interdicción hubiese sido solicitada antes de su fallecimiento.

Revocación de la interdicción.—Ésta se revocará á instancia de los parientes, del cónyuge ó del Ministerio público cuando cese la causa que dió lugar á ella, debiendo el consejo, ya de familia ó de tutela, velar para reconocer si la incapacidad subsiste. Nuestro Código no señala especialmente las causas por que termina la interdicción, existiendo sólo el precepto general y común á todas las clases de tutela del art. 278, que en su núm 2.° menciona como causa el haber cesado la que motivó la tutela.

De la inhabilitación.—El demente, cuyo estado no sea

bastante grave para dar lugar á la interdicción, y el *pródigo*, pueden ser declarados inhábiles para comparecer en juicio, hacer transacciones, tomar dinero á préstamo, etc., y ejecutar actos que no excedan de la mera administración, si no proceden con la asistencia de un curador nombrado por el consejo de familia ó de tutela. La inhabilitación puede pedirse por las personas citadas en la interdicción.

El sordomudo y el ciego de nacimiento están de derecho considerados inhábiles hasta la mayor edad, á no ser que el Tribunal les habilite para sus propios asuntos. La nulidad de los actos verificados por los inhábiles y su convalidación tiene lugar por las mismas causas citadas para los interdictos, así como también la solicitud de declarar nulo todo lo por él verificado.

DE LOS REGISTROS DE LA TUTELA

de los menores ó de los interdictos y de la curatela de los emancipados é inhabilitados.

Libro I.—Título XI.— Artículos 313 al 319.

Registros de la tutela.—En las preturas se llevará un Registro de las tutelas y otro de la curatela de los emancipados é inhabilitados, en el que todo tutor ó curador deberá pedir la inscripción dentro de los quince días al en que se le discierna el cargo. El consejo de familia cuidará de que así se haga, y el pretor podrá ordenarla de oficio. La tutela legal de los padres no está sujeta á inscripción.

En el Registro de tutelas deberán anotarse todas las circunstancias necesarias para el conocimiento de la persona del menor, tutor, protutor y miembros del consejo de familia ó de tutela, el título en virtud del cual se defiere la tutela, el día en que se abrió, fecha del inventario, reunión del consejo y deliberaciones tomadas, llevándose nota de los estados anuales de administración y sus resultados. Si

se trasladase el domicilio de la tutela, se hará constar y se inscribirá en el de la nueva residencia.

Registro de la curatela.—En este Registro se tomará razón del nombre, apellido y demás circunstancias de la persona emancipada ó inhabilitada, fecha ó sentencia de la emancipación é inhabilitación, nombres del curador y de los vocales del consejo de familia, título que confiere la calidad de tutor, fecha de las reuniones del consejo y acuerdos tomados.

El pretor llevará estos registros, dando cuenta al Fiscal al fin de cada año de las medidas tomadas para la ejecución de la ley. Los registros se llevan en papel simple; la inscripción será gratuita.

Nuestro Código (antes la ley de Enjuiciamiento civil) establece también este Registro, que está á cargo de los Jueces de primera instancia, si bien el italiano exige que consten en él algunos particulares (fecha del inventario y de las reuniones del consejo de familia y sus acuerdos) que no preceptúa aquél.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título XII.—Artículos 350 al 405.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 350 al 371).—Capítulo II: De las actas del nacimiento y del reconocimiento de la filiación (artículos 371 al 382).—Capítulo III: De las actas de matrimonio (artículos 383 y 384).—Capítulo IV: De las actas de defunción (artículos 385 al 397).—Capítulo V: De las actas del estado civil de los militares en campaña (artículos 398 al 400).—Capítulo VI: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 401 al 403).—Capítulo VII: Disposiciones penales (artículos 404 y 405).

No nos hemos de ocupar de esta materia, tanto porque en España rige una ley especial respecto de ella, como porque es sabido que se encuentra informada por idéntico espíritu en todas las naciones, y que descansa, por regla general, sobre bases semejantes.

PORTUGAL

DE LA TUTELA DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS é ilegítimos.

Parte primera.—Libro único.—Capítulo III. Artículos 185 al 358.

Sección 1.ª: Disposiciones generales (artículos 185 al 192). — Sección 2.ª: De la tutela testamentaria (artículos 193 al 198).—Sección 3.ª: De la tutela legítima (artículos 199 al 201) —Sección 4.ª: De la tutela dativa (artículos 202 al 204). Sección 5.ª: De los protutores (artículos 205 y 206).—Sección 6.ª: De la formación del consejo de familia (artículos 207 al 219).—Sección 7.ª: De los curadores de los huérfanos (artículos 220 al 223).—Sección 8.ª: De las atribuciones del consejo de familia (artículos 224 al 226).—Sección 9.ª: De las personas que pueden excusarse de ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia (artículos 227 al 233) —Sección 10: De las personas que no pueden ser tutores, protutores ni vocales del consejo de familia (art. 234) —Sección 11: De los que pueden ser removidos de la tutela (art. 235).—Sección 12: De la exclusión ó remoción de los tutores y protutores (artículos 236 al 242).—Sección 13: De los derechos y obligaciones del tutor (artículos 243 al 248). — Sección 14: De las cuentas de la tutela (artículos 249 al 257).—Sección 15: De los derechos y obligaciones del protutor (artículos 258 al 262).—Sección 16: Del arrendamiento y de la venta de los bienes de los menores (artículos 263 al 274).—Sección 17: De la tutela de los hijos naturales (artículos 275 al 278).—Sección 18: De la tutela de los hijos espúreos (artículos 279 al 283) —Sección 19: De la tutela de los menores abandonados (artículos 284 al 293).—Sección 20: De la tutela de los hijos de pobres de solemnidad (artículos 294 al 296).—Sección 21: De la rescisión de los actos practicados por los menores (artículos 297 al 299) —Sección 22: Del Registro de las tutelas (artículos 300 al 303).—Sección 23: De la emancipación (artículos 304 al 310).—Sección 24: De la mayor edad (artículos 311 al 313) —Título X: De la incapacidad por demencia (artículos 314 al 336) —Título XI: De la incapacidad de los sordomudos (artículos 337 al 339).—Título XII: De la incapacidad de los pródigos (artículos 340 al 352).—Título XIII: De la incapacidad accidental (artículos 353 y 354).—Título XIV: De la incapacidad por efecto de sentencia penal condenatoria (artículos 355 al 358).

Disposiciones generales.—En los casos de muerte ó imposibilidad de los padres, el poder paterno se sustituye y es suplido por la tutela, de cuyo cargo nadie puede excusarse

sino en los casos previstos por la ley, como dispone el artículo 202 de nuestro Código. La tutela se ejerce por un tutor, un protutor, un curador y un consejo de familia, precepto análogo al del art. 201 del Código, menos el cargo de curador, que no existe. Para proveer acerca de la persona y bienes del menor es competente el Juez del domicilio de éste. Falleciendo alguna persona cuyos herederos sean menores, ausentes ó incapaces, estará obligado el que quedase como cabeza de familia, ó cualquiera persona que habitase en la casa donde ocurrió la defunción, á dar parte en el plazo de diez días al curador de los huérfanos, bajo la multa de 5.000 á 100.000 reis. Nuestro Código establece la misma obligación, y si bien no impone multa, declara responsables á dichas personas de los daños que por tal causa puedan sobrevenir al menor ó al incapacitado.

El curador solicitará del Juez que provea lo necesario si no fuere posible convocar con rapidez para este fin el consejo de familia, y que se comience el inventario dentro de un mes, contándose este plazo desde el mencionado de diez días. Si no se verificase la oportuna reclamación y el Juez tuviere noticia, procederá de oficio, citando al curador, que pedirá lo que en justicia proceda contra el que no hubiere dado el oportuno aviso. Si la negligencia procediese del curador, lo pondrá en conocimiento del respectivo Procurador regio.

El curador que no promoviese el inventario y el Juez que siendo requerido no procediese en los indicados términos, serán responsables de todos los perjuicios que, por su culpa ó negligencia, experimenten los menores.

Tutela testamentaria.—El padre, cuando haya fallecido su cónyuge ó esté imposibilitado para ejercer la patria potestad, puede nombrar tutor para su hijo menor ó incapacitado, en testamento ó en escritura pública, así como en defecto, ó por impedimento del padre, corresponde esta facultad á la madre; pero si nombrase al que con ella ha con-

traído segundas nupcias, necesita la aprobación del consejo de familia. El padre, ó en su defecto la madre, pueden nombrar un tutor para todos los hijos, ó uno para cada uno de los mismos, disposiciones bastante semejantes á las de los artículos 206 y párrafo primero del 203 del Código vigente.

Cuando la madre ejerciese esta facultad por imposibilidad del padre y cesase ésta, quedará sin efecto el nombramiento. Si el padre ó la madre nombran tutores para que se sustituyan, recaerá en ellos la tutela según el orden del nombramiento. Las personas que dejaren al menor porción hereditaria ó legado, podrán nombrarle tutor si los padres no lo hiciesen ó si dicha porción excediese del valor que represente el capital del menor. Sin embargo, este nombramiento necesita la aprobación del consejo de familia, hallándose conforme lo expuesto con el contenido de los artículos 207 y párrafo 2.° del 208 del Código español. El testador puede también nombrar persona que administre los bienes del heredero menor hasta llegar á la mayor edad.

Los tutores testamentarios desempeñan su cargo mientras dura la minoría de edad ó la interdicción de sus pupilos.

Tutela legítima —Tiene lugar la tutela legítima: 1.°, por impedimento, suspensión ó pérdida del poder paterno; 2.°, en defecto de tutor testamentario. Corresponde el ejercicio de la misma á los parientes del menor por el orden siguiente: abuelo paterno; abuelo materno; demás ascendientes en línea recta, prefiriendo el paterno en igualdad de grado; hermanos varones, con preferencia los carnales á los consanguíneos, y éstos á los uterinos; hermanos del padre ó de la madre, con preferencia los de la línea paterna, excepto si fuesen menos idóneos. En igualdad de circunstancias son preferidos los de mayor edad. Como se ve, las personas llamadas á esta tutela son las mismas que las designadas en el art. 211 del Código vigente en nuestra patria, menos los hermanos del padre ó de la madre, que no los menciona.

Los tutores legítimos lo serán durante la menor edad. Si

hubiere varios parientes en el mismo grado, cada uno desempeñará el cargo por espacio de tres años. La tutela legítima necesita la aprobación del consejo de familia.

Tutela de los locos y sordomudos.—El Código de Portugal llama á la primera, incapacidad por demencia, hallándose comprendidos dentro de ella los imbéciles y todos los que por su estado mental no pueden regir su persona y bienes. Esta interdicción es aplicable á los mayores y á los menores de edad, siempre que en este caso se pida un año antes de la mayor edad. Puede ser solicitada por cualquier pariente que sea heredero forzoso del incapaz ó por el cónyuge de éste. El Código español concede esta facultad (art. 214) al cónyuge y á los parientes que tengan derecho á sucederle ab-intestato.

El Ministerio público defenderá á aquel cuya interdicción se solicite, teniendo este Ministerio la obligación de pedir la declaración de incapacidad: 1.°, en defecto de las personas ya citadas; 2.°, si el demente es furioso ó tuviere hijos menores, y las referidas personas no lo solicitaren, en cuyo caso el Juez nombrará defensor al interesado, que es lo mismo que dispone nuestro Código (art. 215).

La acción de interdicción se propondrá ante el Juez del domicilio del presunto incapacitado en la forma siguiente: 1.°, el demandante presentará demanda articulada, lista de testigos y documentos que comprueben la demencia; 2.°, el Juez, oído el Ministerio público ó el defensor nombrado, convocará el consejo de familia para dar dictamen; 3.°, si en vista de todo esto resultase la petición infundada, la desestimará; 4.°, si el dictamen del consejo de familia fuese favorable á la solicitud, el Juez dará copia del mismo al demandante ó á su defensor, verificando el interrogatorio y reconocimiento facultativo del interesado, concurriendo á estos actos el representante del Ministerio público; 5.°, no produciendo prueba plena las anteriores formalidades, examinará el Juez á los testigos, citando al demandado ó su defensor,

que podrá presentar en su defensa prueba testimonial ó documental; 6.°, el Juez dictará sentencia, confiriendo la tutela á quien corresponda; 7.°, el Ministerio público apelará siempre ante la Audiencia del territorio; 8.°, se admitirá la apelación únicamente en un efecto, debiendo la tutela conferida en este caso limitarse á la protección y conservación de bienes del incapaz; si fuesen necesarios otros actos á más de los de mera protección, deberán justificarse ante el Juez, el cual resolverá con audiencia del Ministerio público; 9.°, decretada la interdicción, se conferirá la tutela inmediatamente, aunque se interponga recurso de revista, constituyéndose el consejo de familia, del cual no podrán formar parte las personas que solicitaron la declaración de incapacidad, si bien podrán asistir á las deliberaciones como meros informantes. Pronunciada la sentencia de interdicción, se registrará en el libro de tutelas y se publicará en los periódicos oficiales.

La tutela del interdicto (incapaz) se conferirá por el orden siguiente: 1.°, el cónyuge, á menos de estar separado judicialmente ó ser incapaz; 2.°, el padre, ó en su defecto la madre; 3.°, los hijos mayores, prefiriendo el de más edad, salvo si alguno de ellos tuviese mejores condiciones para el desempeño del cargo; 4.°, la persona nombrada por el consejo de familia, en cuyo caso no podrán ser nombrados los herederos del incapaz. No pueden ser nombrados tutores del enajenado los que por su desarreglada conducta fuesen de mala fama, así como también los causantes de la demencia del incapacitado. El Código portugués se aparta algún tanto del español en el extremo que examinamos, puesto que éste llama después de los hijos á los abuelos, á los hermanos varones y hermanas que no estuviesen casadas.

Los incapacitados se hallan equiparados á los menores de edad, siéndoles aplicables todas sus reglas. Si la tutela recae en el padre ó la madre, la ejercerán con arreglo á lo dispuesto en la patria potestad. Si recae en el cónyuge, no se

procederá al inventario si el matrimonio se celebró sobre la base de la comunidad de bienes; y aun en el caso de separación, si los bienes del incapaz figuran en documento auténtico, no estando en ningún caso obligado á la prestación de cuentas. Siendo tutor el marido de la interdicta, ejercerá sobre la misma los derechos conyugales, salvo las excepciones siguientes: 1.ª, en los casos que los actos del marido dependan del consentimiento de la mujer, se suplirá éste por el Juez, con audiencia del Ministerio público y del más próximo pariente de aquélla; 2.ª, en los que la mujer esté facultada para reclamar de los actos de su marido, será representada por su protutor ó por cualquiera de sus parientes. Cuando la mujer se encargue de la tutela de su marido interdicto (incapacitado), ejercerá los derechos como jefe de la familia, salvo las siguientes modificaciones: 1.ª, no podrá vender los bienes del marido sin autorización judicial; 2.ª, podrá ser removida de su cargo si es negligente ó su gerencia es ruinosa, así como por malos tratamientos al incapacitado, ya á instancia del protutor ó de cualquier pariente del interdicto, oyéndose previamente al consejo de familia. Con respecto á las demás personas que puedan ser nombradas tutores, se observarán las reglas relativas á la tutela de menores. Si el interdicto fuese soltero ó viudo y tuviese hijos legítimos ó reconocidos, será tutor de ellos el mismo que sea nombrado para el interdicto. En todos los casos, menos cuando los padres ejerzan la tutela, se nombrará por el consejo de familia un protutor para que vele por los derechos del enajenado é informe al Ministerio público lo más conveniente para la persona y bienes del mismo. La tutela de los cónyuges, la de los ascendientes y descendientes, durará mientras dure la incapacidad. Las rentas, y si necesario fuere sus bienes, se aplicarán para mejorar su estado, no pudiendo ser privado de su libertad personal, ni detenido en casa particular ó establecimiento público, ni trasladado fuera de la provincia ó del reino sin

autorización judicial; no obstante, esto no impide el utilizar la fuerza para contener al demente furioso; pero tan sólo en el caso de no ser posible reclamar auxilio á la autoridad competente.

Revocación de los actos del incapaz.—Todos los actos y contratos que celebre desde que así se le declare serán nulos; pero para que así suceda necesita ser la sentencia firme é inscribirse en el Registro de tutelas. Los celebrados antes, sólo podrán anularse probando que existía ya la incapacidad ó era conocida por el otro estipulante, doctrina diferente de la de nuestro Código, que en términos generales y absolutos preceptúa (art. 226) que tales actos no podrán ser impugnados.

La incapacidad se levanta judicialmente cuando cesa su causa.

Incapacidad de los sordomudos.—Los sordomudos que no tuvieron la necesaria capacidad para regirse por sí, serán puestos en tutela. La extensión y límites de ésta se determinarán en la sentencia conforme al grado de incapacidad del sordomudo. La tutela puede ser solicitada por las mismas personas mencionadas para la del loco ó imbécil, observándose reglas idénticas á las establecidas respecto de la tutela de éstos.

Tutela de los pródigos. — Los mayores de edad ó los emancipados que por habitual prodigalidad fuesen incapaces para administrar sus bienes, podrán ser privados de la administración si fuesen casados ó tuviesen ascendientes ó descendientes legítimos. Queda al prudente arbitrio de los Jueces determinar, conforme á las circunstancias, si los hechos que se aleguen son ó no suficientes para caracterizar la prodigalidad.

Ampliando el número de personas que según nuestro Código tienen derecho á solicitar la declaración de prodigalidad (cónyuge y herederos forzosos, y el Ministerio fiscal habiendo menores), el Código lusitano establece que pueden

pedir dicha declaración los ascendientes, descendientes, cónyuge, cualquier pariente de la mujer ó el Ministerio público, si el incapacitado tiene hijos menores ó interdictos. La interdicción se pedirá al Juez del domicilio del que haya de ser declarado pródigo. La acción es sumaria, sin citación del interesado, no pudiendo ser objeto de confesión. El Juez, en su sentencia, privará al interdicto de la administración de sus bienes ó le mantendrá en ella, prohibiéndole ciertos actos, á los que deberá preceder aprobación del curador, doctrina equivalente á la establecida en el párrafo 2.° del art. 121 del Código español, que dice que «la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia».

La sentencia se inscribirá en el libro de tutelas y se publicará en un periódico del partido, ó por edictos en el domicilio del declarado pródigo.

Facultades que conserva el pródigo.—Sin embargo de lo expuesto, el pródigo posee la libre disposición de su persona y demás derechos civiles, pudiendo oponerse á la sentencia que le privare de la administración, y apelar de ella aun sin la aprobación de curador. Si el pródigo fuese casado bajo el régimen de separación de bienes, la mujer conservará la administración de los suyos propios, no pudiendo enajenarlos sin autorización judicial en los casos en que sea necesario el consentimiento de su marido. En el caso de que la interdicción sea total, se pondrán á disposición del incapacitado las cantidades que se juzguen convenientes conforme su estado y posición, cantidades que el Juez regulará oído el Ministerio público y el consejo de familia, pudiendo aumentar esta cantidad cuando se pida por el pródigo justificadamente.

Efectos de la sentencia declaratoria de prodigalidad.—Una vez publicada la sentencia, ya general ó ya especial, de interdicción, se nombrará un curador provisional al pródigo

para los actos que por sí no pueda ejercitar y que se hagan necesarios, pudiendo recurrir al Juez si el curador rehusase la aprobación. Todos los actos que el pródigo verifique sin la debida autorización serán nulos de derecho. El incapacitado podrá recurrir al Juez si los curadores abusasen de su cargo, y éste resolverá lo que en justicia proceda. Los administradores de los bienes del pródigo están sujetos á las mismas obligaciones que los curadores provisionales de los bienes de ausentes, con las modificaciones siguientes: 1.ª, cuando el padre ó la madre ejerzan la tutela del pródigo, no será necesaria la prestación de fianza; 2.ª, las cuentas anuales se presentarán con asistencia del pródigo.

Rehabilitación del pródigo.—Pasados cinco años, podrá pedir que se levante la interdicción, haciéndose así si en ello conviniese el consejo de familia y el Ministerio público. Si la resolución no fuere favorable, podrá renovar su solicitud pasando cinco años por lo menos, y guardando el mismo intervalo, podrá de nuevo reproducirla. El Código español no trata de este particular, mencionando sólo en su art. 278 las causas por las que terminan las diversas clases de tutela.

Tutela de los que sufren interdicción civil.—El Código que examinamos lleva como epígrafe de este título «*De la incapacidad por efecto de sentencia penal condenatoria,*» que aun no mencionando la pena de interdicción civil, se sobreentiende por el contexto del título que brevemente vamos á exponer.

Los condenados por sentencia en causa criminal no pueden ser privados de ninguno de sus derechos civiles sino en virtud de sentencia firme. Al que se le prive de tales derechos se le nombrará curador, para cuyo nombramiento se seguirá el orden establecido para la tutela de los dementes.

Extensión y efectos de esta curatela.—Antes de examinarlos, hemos de advertir que el Código portugués usa indistintamente de las palabras tutela y curatela, sin diferen-

ciarlas y sin darles el genuino sentido que en nuestro Derecho patrio tenían.

La extensión y efectos de esta curatela se deducen de la naturaleza de los derechos que hayan sido comprendidos en la interdicción, teniendo la curatela la misma duración de la pena, como accesoria que es de ésta. Extinguida la pena por perdón ó anulación de la sentencia, son válidos los actos que el sentenciado hubiese practicado en la época en que la interdicción produjo efecto, siempre que esta validez no perjudique derechos adquiridos.

Tutela dativa.—Exactamente lo mismo que la establecida por nuestro Código civil vigente, con la única excepción de que los tutores dativos no están obligados á desempeñar su cargo por más de tres años.

De los protutores.—En todos los casos de tutela habrá un protutor nombrado por el consejo de familia en la misma sesión en que se nombrare ó confirmare al tutor en su nombramiento. Siendo éste pariente del menor, no podrá nombrarse protutor entre los de la misma línea, salvo si fuere hermano carnal. No habiendo parientes más que en una sola línea, se conferirá el cargo de protutor á un extraño.

Derechos y obligaciones del protutor.—El Código portugués, á diferencia del nuestro, que se ocupa del protutor y de sus obligaciones en un mismo capítulo, trata de cada materia en una sección independiente, ocupándose, como ya hemos examinado, primero del cargo y después de sus facultades. Como quiera que éstas son en un todo iguales á las de nuestro Código, no mencionaremos, siguiendo nuestra regla de conducta, más que las principales diferencias, que son escasas.

Las atribuciones son las mismas que el nuestro señala, salvo las siguientes: 1.ª, el protutor, además de poder exigir del tutor en el mes de Enero de cada año un estado de la situación de los bienes del menor, precepto que viene á ser equivalente al del pár. 2.º del art. 279 de nuestro Código,

puede reclamar en todo tiempo la exhibición del cuaderno de gerencia de la tutela y que se proporcione los antecedentes que estime necesarios; 2.ª, el protutor no puede aceptar la representación del tutor en lo relativo á la gerencia de éste. Además, le son aplicables algunas de las facultades del tutor que más adelante expondremos.

Personas que no pueden ser tutores, protutores ni vocales del consejo de familia.—Todas las causas que el Código portugués menciona, están comprendidas en el art. 237 de nuestro Código. Para no hacer difuso este breve resumen, nos remitiremos á los motivos de inhabilitación de nuestro Derecho.

No pueden ser tutores ni protutores: Las personas que se determinan en los números 1.°, 4.°, 5.°, 7.°, 8.° y 10 del artículo 237 del Código español. Además, los Jueces especiales y el curador de los huérfanos en los Juzgados á que pertenezca el domicilio del menor ó en los que radicasen sus bienes.

De las personas que pueden excusarse de ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia.—Citaremos sólo en esta parte las variaciones más importantes entre este Código y nuestro novísimo Derecho. El Código que examinamos no cita de un modo expreso entre las personas que pueden excusarse, á los Presidentes de las Cámaras ni á los de los Supremos Tribunales, así como tampoco á los Arzobispos y Obispos. Las demás disposiciones del Código de Portugal son idénticas á las previstas en el español.

Derechos y obligaciones del tutor.—En este epígrafe van comprendidos el *afianzamiento* y el *ejercicio* de la tutela, que nuestro Código expone por separado. Las diferencias más importantes son: 1.ª, no necesita autorización del consejo de familia para corregir al menor, pero sí sujetarse á lo establecido por aquél; 2.ª, tiene el deber de reclamar dentro de los ocho días siguientes al de su juramento la formación de inventario; 3.ª, puede arrendar los inmuebles

del menor por término que no exceda de tres años, y promover la venta de los bienes muebles si no pudiesen conservarse.

Le está prohibido: 1.°, disponer de los bienes del menor á título gratuito y convertirse en cesionario del mismo; 2.°, recibir donaciones del menor, intervivos ó *mortis causa*, hasta no haber dado cuenta de su administración.

Esta disposición no es aplicable á los tutores que fueren ascendientes ó hermanos del menor. Conforme se dispone en nuestro Código, el tutor está obligado á declarar en el inventario lo que el menor le deba; no haciéndolo, no podrá exigir el pago durante la tutela, y si lo reclamare después, probará que no tuvo hasta entonces conocimiento de la deuda.

Tiene derecho á una remuneración fijada por los padres, ó en su defecto por el consejo de familia, que no podrá exceder de la vigésima parte (nuestro Código señala respectivamente como mínimun y máximun el 4 y 10 por 100) de los bienes líquidos del pupilo. El tutor responde de los daños ocasionados por dolo, culpa ó negligencia en el desempeño de su cargo.

Cuentas de la tutela.—El tutor dará cuenta de su gestión al consejo de familia ó al pupilo al llegar á la mayor edad. Las cuentas, acompañadas de los documentos justificativos, excepto los de aquellos gastos en que no es costumbre exigir recibo, se presentarán al consejo de familia, y éste designará de entre sus vocales, si fuere posible, una ó dos personas inteligentes para que las examinen, siendo aprobadas ó desechadas, según proceda. Al tutor se le abonarán todos los gastos verificados, aun aquellos que no beneficien al menor. Todo lo expuesto guarda bastante relación con lo ordenado en el Derecho patrio.

Si el tutor fuese insolvente, y no indemnizare al menor de los perjuicios causados por su culpa, incurrirá en sanción penal, sin perjuicio de quedar sujeto á la indemnización. Por muerte, ausencia ó interdicción del tutor, sus herederos ó

representantes rendirán las cuentas. En caso de emancipación ó mayor edad, se darán las cuentas al emancipado con asistencia de curador y protutor. El saldo, según corresponda, devengará intereses en pro ó en contra del tutor; en el primer caso, desde que el ex-pupilo fuera requerido al pago; en el segundo, desde la aprobación de las cuentas, que es lo mismo que dispone el art. 286 del Código español.

Registro de las tutelas.—En todos los Juzgados habrá un libro numerado, rubricado por el Juez correspondiente, en el que se inscribirán las tutelas de los menores é interdictos. Este libro contendrá: 1.°, la filiación y domicilio del menor ó incapacitado; 2.°, la importancia de su patrimonio; 3.°, fechas en que se comenzó y concluyó el inventario; 4.°, nombre y circunstancias del tutor y clase de tutela; 5.°, garantía que prestó; 6.°, fechas en que principió y concluyó su cometido; 7.°, las cuentas, si hubo alcance, y su cuantía, y 8.°, las observaciones oportunas. Dicho libro llevará índices alfabéticos de los nombres de tutores y pupilos. El Juez y el Escribano que no cumplan estas obligaciones incurren en responsabilidad. Los requisitos de la inscripción son, como vemos, análogos á los que exige nuestro Código.

Formación del consejo de familia.—El consejo de familia se compone de los cinco parientes más próximos del menor, residentes en la jurisdicción donde se hizo el inventario; tres de la línea paterna y dos de la materna; en igualdad de grado los de mayor edad; no habiendo parientes más que en una de las líneas, se nombrarán los que falten entre los amigos del padre del menor, con la diferencia de que si los parientes fuesen de la línea materna, proporcionarán tres votos. Los hermanos y maridos de las hermanas carnales del menor pueden pertenecer al consejo, aunque el número de vocales exceda de cinco, pero si formasen número par se llamará un pariente más. No existiendo en el territorio donde se formalizó el inventario el número de parientes necesarios para componer el consejo, se llamarán las personas

que hubieren tenido amistad con los padres del menor; en su defecto, personas de probidad. A los parientes de diversa jurisdicción ó distrito les es potestativa la asistencia. En el fondo es análogo lo manifestado á lo que dispone nuestro Código.

El consejo se reunirá á los ocho días siguientes de la orfandad ó de quedar vacante la tutela; en los demás casos, el término que se considere necesario, declarando el Juez en el auto de convocatoria el asunto principal que haya de someterse á deliberación. El pupilo mayor de catorce años puede asistir y debe ser oído en los asuntos de importancia, convocándosele si no estuviese ausente, según establece también el párrafo segundo del art. 308 del Código español. Los vocales están obligados á asistir personalmente; al que no compareciere, sin alegar justa causa, le impondrá el Juez la multa de 500 á 5.000 reis, cuya cantidad ingresará en los establecimientos de beneficencia. Los tutores y curadores deben asistir, pero solamente gozarán de voto consultivo, preceptos contenidos en nuestro Código. El Juez presidirá, sin voto.

Para que el consejo delibere es necesario la asistencia de tres de sus individuos por lo menos. Ningún vocal tendrá voto ni podrá asistir á las juntas donde se ventilen negocios en que ellos, sus ascendientes y descendientes tengan un interés contrapuesto al del menor, pero podrán ser oídos: disposición que consigna el art. 307 del Código español.

Todas las decisiones del consejo de familia se tomarán por mayoría de votos, requisito que preceptúa asimismo el Código patrio.

Atribuciones del consejo de familia.—Goza de las siguientes: 1.ª, confirmar á la madre que contraiga segundas nupcias en la administración de los bienes de su hijo menor ó incapacitado; 2.ª, confirmar y nombrar tutores legítimos y dativos, y asimismo nombrar al protutor; 3.ª, confirmar la tutela conferida por la madre á su segundo marido; 4.ª,

remover al tutor; 5.ª, determinar el oficio ó profesión que haya de seguir el menor, ó si ha de continuar en el comercio ó industria de sus padres, cuando éstos no lo hubieren dispuesto; 6.ª, fijar la cantidad que el tutor puede gastar con motivo de la administración de los bienes del menor; 7.ª, determinar el valor de la hipoteca que constituya el tutor y la extensión de la misma; 8.ª, comprobar la legitimidad de las deudas y regular su pago; 9.ª, designar la aplicación que ha de darse al metálico y demás objetos preciosos; 10, autorizar al tutor para la venta de los muebles, deliberando sobre su aplicación cuando no se presente comprador; 11, autorizarle para hacer mejoras extraordinarias, arrendar inmuebles por más de tres años, redimir censos, contraer empréstitos, y aceptar las donaciones que al menor se hagan; 12, autorizar el matrimonio del menor y las capitulaciones que se celebren, determinar los alimentos que deban pasarse por cuenta del menor á sus hermanos y ascendientes, examinar y aprobar las cuentas de la tutela, y autorizar la sustitución ó reducción de la hipoteca constituída por el tutor como fianza; y 13 y último, emancipar al menor en defecto del padre ó de la madre.

El consejo de familia no podrá nombrar simultáneamente más de un tutor, y sólo cuando el menor tenga bienes á gran distancia podrá nombrarse un administrador por el Juez de la localidad.

Consejo de tutela.—Contra las decisiones del consejo de familia pueden el tutor, el protutor, el curador de los huérfanos ó cualquier pariente interesado recurrir, ante el consejo de tutela, que se compondrá del Juez de derecho del distrito, de sus dos sustitutos y el curador de los huérfanos, con voto consultivo. No siendo confirmada la decisión del consejo de familia, podrá recurrirse ante la Audiencia, cuyo fallo es definitivo. Nuestro Código no contiene este consejo, estableciendo en su art. 310 un recurso de alzada ante el Juez de primera instancia.

De los curadores de los huérfanos.—Concluido el examen de la tutela, según el plan de nuestro Código, vamos á ocuparnos de otras especies que el Código portugués menciona, dejadas de propósito para lo último.

Los curadores generales de los huérfanos y los Magistrados que hagan sus veces deben velar por los intereses y derechos de los menores. Los curadores deben ser oídos en todo lo relativo á los derechos de los menores, pudiendo exigir de los tutores y protutores toda clase de antecedentes. El curador es responsable, solidariamente con el Juez, de las pérdidas sufridas por el menor á consecuencia de disposiciones dictadas por el segundo á instancia del primero.

El Juez que no oyese al curador, será responsable de todos los daños que al menor se irróguen por las providencias que dicte.

Tutela de los hijos naturales.—A esta tutela se aplican las mismas reglas que para la de los legítimos, salvo estas modificaciones:

El consejo de familia es sustituído por un consejo especial, compuesto de cinco individuos, designados por el Juez entre los vecinos del padre ó de la madre que hubieren reconocido al hijo menor. Si el padre ó la madre hiciesen el nombramiento de tutor, esta designación producirá efecto, aunque el hijo sea posteriormente reconocido. El consejo de familia de los hijos naturales, según el Código español (artículo 308), se constituye con parientes del padre ó madre que le hubiese reconocido, precepto más justo y radical, en nuestro sentir, que el del Código portugués. Éste no hace extensiva la tutela legítima á los hijos naturales, como dispone también el nuestro en el art. 211.

Tutela de los hijos espúreos.—El padre ó la madre del hijo espúreo menor pueden nombrarle tutor por acto intervivos ó por causa de muerte, en el caso en que estén obligados á suministrarle alimentos. En su defecto, el Juez

nombrará persona idónea que se encargue de la educación del menor. Si los padres no hubiesen adoptado las medidas necesarias para proveer de alimentos al menor, el Juez, con la asistencia del curador de los huérfanos, promoverá las acciones pertinentes contra los padres ó sus herederos. En esta tutela especial, el Juèz ejercerá las funciones del consejo de familia, y el curador de los huérfanos las que corresponden al protutor. De las decisiones del Juez cabe apelación ante la Audiencia. Si los padres falleciesen insolventes, se considerará al menor como abandonado, aplicando las reglas que para los expósitos se establecen. Todo esto es distinto de nuestro Código, que, respecto de los hijos ilegítimos en general, no dice más (art. 302) sino que el consejo se formará con el Fiscal municipal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados.

Tutela de los menores abandonados.—Los expósitos y menores abandonados de padres desconocidos, mientras no lleguen á la edad de siete años, están bajo la tutela de las municipalidades respectivas ó de las personas que voluntaria ó gratuitamente se encarguen de sus cuidados. Luego que sean mayores de siete años, serán puestos á disposición del consejo de beneficencia pupilar ó de otra magistratura si la ley lo dispusiere. El consejo de beneficencia pupilar cuidará de proporcionar á los expósitos el porvenir más ventajoso ó los entregará á personas que se comprometan á proporcionarles educación y sustento. Dichas personas, *ipso facto*, quedarán como tutores de los abandonados, salva la inspección del consejo, que puede rescindir el contrato en caso de abuso, dando nuevo destino al menor. El consejo de beneficencia ó la magistratura que le sustituya no puede estipular obligaciones referentes al menor cumplidos los quince años. Llegado el expósito á esta edad, si demostrase tener la suficiente capacidad, será emancipado por el consejo referido. Todo lo que adquiera le corresponderá en propiedad y usufructo; cumplidos los diez y ocho años queda de derecho

emancipado. Falleciendo intestado ó sin descendientes, heredará sus bienes el respectivo establecimiento de beneficencia. En todo lo no expuesto se observará lo relativo á los demás menores.

Las disposiciones de este epígrafe son extrañas por completo á nuestro Derecho.

Tutela de los hijos de pobres de solemnidad.—Los hijos menores que por muerte, avanzada edad de sus padres ó cualquier otro motivo justificado no puedan ser alimentados por ellos, serán entregados al cuidado y protección de la respectiva municipalidad, que los alimentará y educará á costa de sus rentas hasta la edad en que por sí puedan atender á sus necesidades.

Viniendo los padres á mejor fortuna pagarán los gastos hechos por el Municipio. Confirmamos aquí lo expuesto al final del epígrafe anterior, á saber: que se trata de una materia ajena en absoluto á nuestro Código.

Del arrendamiento y venta de los bienes de menores (sección 16, artículos 263 al 274).—Ya hemos expuesto al ocuparnos de los derechos del tutor, la facultad que tiene para arrendar los bienes del pupilo por plazo que no exceda de seis años; excediendo, se celebrarán los arriendos por subasta pública, con asistencia de protutor y curador. Esto no es aplicable á los menores sujetos á la patria potestad, pues en este caso se verifica al libre arbitrio del padre. Los mismos requisitos se necesitan para enajenarlos, á no ser que por su escaso valor los venda el tutor particularmente. No siendo así, se tasarán previamente y se rematarán en pública licitación por el precio que señale el consejo de familia, que no podrá ser superior al de tasación en el Juzgado donde los bienes radiquen, asistiendo, como hemos dicho, el protutor y el curador. No habiendo postores se procederá á segunda subasta por el importe de la tasación, y si aconteciese lo mismo, el consejo de familia determinará lo que haya de hacerse. Estas formalidades son aplicables á la

venta de bienes de menores que se hallaren bajo la patria potestad.

Rescisión de los actos practicados por los menores.— Los menores no disfrutan del beneficio de restitución *in integrum*, no pudiendo rescindirse los contratos por ellos practicados, á no permitirlo la ley en general. Esta doctrina es la misma qne informa nuestro Código.

Los actos verificados sin la debida autorización serán nulos, pero no podrá alegarse nulidad en las obligaciones contraídas sobre cosas de arte ó profesión en que sea perito, así como si se fingiese mayor. La simple indicación de mayor edad ó emancipación es suficiente en este caso para caracterizar el dolo.

Emancipación.—La emancipación se verifica: por medio del matrimonio ó por autorización del padre, de la madre ó del consejo de familia, no mencionando el Código portugués, según lo hace nuestro Código, la mayor edad. Tanto para una como para otra, los requisitos que han de acompañarla son idénticos á los preceptuados en nuestro vigente Código, diferenciándose en que la emancipación *voluntaria* se ha de verificar ante el Juez del domicilio del emancipante, produciendo efectos contra tercero desde su inscripción en el Registro de tutelas. En la emancipación por matrimonio, el menor se dirigirá al Juez, acompañando los comprobantes de su matrimonio. La emancipación, como en nuestro Derecho novísimo, es irrevocable.

Mayor edad.—La mayor edad, sin distinción de sexo, se fija á los veintiún años cumplidos. El menor sujeto á tutela, al llegar á la mayor edad, debe pedir que se le dé de baja en el Registro de tutelas, acordándolo así el Juez, á no ser en caso de interdicción por incapacidad.

REGISTRO CIVIL

Parte cuarta.—Libro II.—Capítulo IV.—Sección 3.ª Artículos 2.441 al 2.491.

Sección III: De la prueba de nacimiento, matrimonio y defunción (artículos 2.441 al 2.444).—Subsección primera: Del Registro civil.—División 1.ª: Disposiciones generales (artículos 2.445 al 2.458).—División 2.ª: Del registro de nacimientos (artículos 2.459 al 2.469).—División 3.ª: Del registro de nacimientos en casos especiales (artículos 2.470 al 2.474).—División 4.ª: Del registro de matrimonios (artículos 2.475 al 2.480).—División 5.ª: Del registro de defunciones (artículos 2.481 al 2.587).—División 6.ª: Del registro de reconocimiento y legitimación (artículos 2.488 al 2.491).

Por las mismas razones expuestas en los demás Códigos, sólo indicaremos las líneas generales del Registro civil, con arreglo á la legislación portuguesa.

El Código lusitano trata de esta institución en la parte referente á la prueba de derechos, y así dice en el art. 2.441 (sección 3.ª) que «el nacimiento, matrimonio y defunción se prueban por el Registro público instituído para este fin.» Viene, pues, á considerarlo como un medio de prueba.

El Registro comprende: el de nacimientos; el de matrimonios; el de defunciones, y el de reconocimiento y legitimación de los hijos, hallándose encargados de él funcionarios del orden civil.

GUATEMALA

Libro I.—Título I.—Párrafos 2.º y 3.º—Artículos 28 al 43.

Mayor y menor edad.—Son mayores las personas que han cumplido la edad de veintiún años, y menores las que no han llegado á esa edad. Por la mayoría de edad se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil.

Capaces é incapaces.—Las personas son capaces é inca-

paces, comprendiéndose dentro de este último concepto: 1.°, los locos; 2.°, los fatuos; 3.°, los pródigos declarados judicialmente para todos los actos que determina la ley. Por la declaración de incapacidad quedan las personas en estado de interdicción, pudiendo pedirla: la de los locos y fatuos, el Ministerio fiscal y cualquiera del pueblo; la del pródigo, sólo su cónyuge, descendientes, ascendientes, tíos carnales y hermanos. Para que alguno pueda ser declarado pródigo es preciso que se le pruebe la dilapidación de más de una tercera parte de sus bienes en gastos superfluos como pérdidas en el juego, gastos de saraos, paseos, convites y mujeres públicas; obsequios á personas á quienes no se debe obligación y por cantidad superior al límite legal de las donaciones, etcétera.

Una vez declarada la interdicción, puede el Juez, según las circunstancias, ó privarlo en absoluto de la administración de los bienes, proveyéndolo de guardador, ó ponerlo bajo la dirección de otra persona, sin cuyo consentimiento no podrá dar ni recibir prestado, transigir ni dar cartas de pago, enajenar ni hipotecar sus bienes. Los incapaces por locura ó fatuidad son reputados menores y viven bajo la protección de su guardador.

DE LA EMANCIPACIÓN

Libro I.—Título IX.—Artículos 298 al 304.

Emancipación.—Es la renuncia ó abdicación voluntaria que hace el padre, ó en su defecto la madre, de la patria potestad que tiene sobre su hijo. Para que la emancipación pueda tener lugar es preciso que el menor haya cumplido quince años y preste su consentimiento; el hijo emancipado sale de la patria potestad y adquiere el usufructo que en sus bienes tenían sus padres, quedando bajo tutela. La emancipación se hará ante el Juez de primera instancia del domi-

cilio, conforme á las prescripciones del Código de procedimientos.

El Código de Guatemala, como vemos, limita la emancipación á la voluntaria.

DE LA TUTELA

Libro primero.—Título X.—Artículos 305 al 423.

Tutela.—Es un cargo público á cuyo desempeño están llamados todos los ciudadanos, y su objeto es cuidar de un menor y de sus intereses, siendo de cuatro clases: 1.ª, natural; 2.ª, testamentaria; 3.ª, legítima; 4.ª, judicial.

Tutela natural.—El padre es el administrador, ya de los bienes propios de sus hijos menores legítimos y legitimados, ya de los bienes propios de sus hijos menores ilegítimos reconocidos, y de los bienes del hijo adoptivo menor de edad, siendo responsable en tal concepto de la propiedad y del producto de los bienes, cuyo usufructo no le da la ley. Por la muerte ó incapacidad del padre, la tutela de los hijos menores no emancipados corresponde á la madre; pero aquél podrá nombrar á la madre tutora uno ó más consejeros: 1.º, en testamento; 2.º, en una declaración hecha ante el Juez de primera instancia acompañado de un Escribano; 3.º, por escritura pública; pero sin el conocimiento é intervención de los consejeros nombrados no podrá ejercer acto alguno relativo á la tutela, á menos que el padre al hacer su nombramiento haya especificado los actos en que sea precisa su intervención, en cuyo caso la tutora tendrá facultad para ejercer sin ellos todos los demás. No es obligación de la madre aceptar la tutela, pero sí constituye obligación para ella, cumplir las obligaciones anexas á ese cargo hasta tanto que se haya nombrado un tutor.

Si la madre tutora quiere contraer segundo matrimonio tendrá que presentarse al Juez de primera instancia del do-

micilio, el cual decidirá con conocimiento de causa si debe ó no conservar la tutela; si por el Juzgado se la autoriza para continuar en el cargo, dará necesariamente á la misma por coatutor á su nuevo marido, quien será solidariamente responsable con su mujer de la administración posterior al matrimonio. Mas si la mujer contrae segundo matrimonio sin estar autorizada por el Juez para conservar la tutela, la perderá, y su nuevo marido será solidariamente responsable de las consecuencias de la tutela que indebidamente hubiere administrado.

Estos preceptos no figuran en nuestro Código.

Tutela testamentaria.—Sólo con las formalidades que la ley prescribe para otorgar testamento, podrá el padre ó la madre superviviente ejercer el derecho de elegir un tutor á sus hijos, ya pariente, ya extraño. No tendrá este derecho la madre que á causa de sus segundas nupcias no hubiere conservado la tutela de los hijos del matrimonio anterior, pero si á pesar de ello la conservase, la ley se lo reconoce. El tutor elegido por el padre ó la madre debe forzosamente aceptar si no tuviese impedimento ó excusa legal. Nuestro Código contiene este precepto en su art. 202, pero con carácter general, esto es, obligatorio para todos los tutores, cualquiera que sea la clase de la tutela. Si el padre ó la madre al otorgar su testamento hubiere designado varios tutores, estableciendo el orden en que deben sucederse, se regirán por él; pero si fueren varios los elegidos y nada se fijare en cuanto á su orden, se ajustarán para el desempeño del cargo al de su nombramiento, disposición análoga á la del art. 208 del Código español. En caso de un nombramiento condicional ó si por cualquier otro motivo faltare el tutor testamentario, el Juez proveerá de tutor interino al menor, prefiriendo para ello al pariente que deba ser llamado á ejercer la tutela.

Tutela legítima.—Es la que ejerce el pariente llamado por la ley en defecto de padres y de tutor testamentario.

Son llamadas en primer término á ejercer esta tutela las mismas personas que nuestro Código fija en su art. 211 en sus casos del 1.° al 3.° (abuelos paternos y maternos), y á falta de ellos (caso 4.° del citado art. 211 de nuestro Código), los hermanos varones mayores de edad, siendo preferidos los de doble vínculo. En su defecto ó incapacidad tienen dicho derecho los tíos carnales, y si fueren varios hermanos de igual vínculo ó varios tíos del mismo grado, el Juez elegirá el más apto para el cargo.

Tutela judicial.—Si un menor no emancipado queda sin padres, ni tutor testamentario ni legítimo, el Juez le nombrará un tutor si el menor no ha cumplido catorce años de edad ó la menor doce; si fuesen mayores de esta edad, ellos mismos lo designarán y el Juez confirmará el nombramiento, á no existir justa causa en contrario. El tutor administrará como tal desde el día en que el Juez le discierna el cargo. Es la antigua tutela dativa de nuestro Derecho.

Excusas de la tutela.—Pueden alegarlas las mismas personas que en su art. 244 fija el Código español en los apartados 1.°, 6.°, 8.°, 10 y 12, y á más los empleados superiores de rentas y los que ejerzan una función pública en un departamento distinto de aquel en que desempeñen la tutela.

Para que surtan sus efectos, es preciso que se aleguen en término de tres días, contados desde el instante de la notificación del nombramiento, prolongándose el término un día más por cada cinco leguas de distancia del punto en que se hallare el tutor al de la residencia del Juez.

Causas de inhabilitación y remoción de la tutela.—No pueden ser tutores las personas á quienes nuestro Código en su art. 237, casos 1.°, 3.°, 6.° y 7.°, se lo impide, y además aquellos que por sí ó sus padres tengan con el menor un pleito en el cual se halle comprometida la posición social de éste, su fortuna ó una parte notable de sus bienes.

Son excluídos y deben ser removidos de la tutela: 1.°, los

que notoriamente tengan mala conducta; 2.°, los que en el ejercicio de la misma hayan demostrado ineptitud ó infidelidad; 3.°, los negligentes que no formalicen el inventario en el tiempo fijado por la ley. Como vemos, son menos los casos de remoción que los enumerados en el art. 238 de nuestro Código.

Diligencias y formalidades que preceden al ejercicio de la tutela.—Toda tutela, excepto la natural, debe ser discernida, y se llama discernimiento el acto judicial que autoriza al tutor para ejercer el cargo.

Para que el discernimiento se conceda, el tutor ha de constituir hipoteca, y sólo cuando no tenga bienes para hipotecar se le admitirá la fianza, respondiendo la garantía que ofrezca, á más de las responsabilidades fijadas por nuestro Código en su art. 254, de los productos de las fincas rústicas graduados por expertos, ó por el término de un quinquenio, á elección del Juez.

Si una vez formado el inventario dentro de los treinta días siguientes al discernimiento, el tutor no pudiese dar garantía ó responder del cargo dentro de igual tiempo, á contar de la misma fecha, el Juez, con anuencia de un guardador especial, podrá disminuir el importe de aquélla, pero de suerte que nunca baje de la mitad.

Están exceptuados de constituir fianza: 1.°, el marido respecto de su mujer menor; 2.°, el padre y la madre que no hayan pasado á segundas nupcias; 3.°, el tutor interino cuando no entre á administrar bienes. Nuestro Código (artítulo 260) menciona á los padres y abuelos, y excluye por omisión á los que el Código de Guatemala comprende en los números 1.° y 3.°, si bien en cambio enumera al tutor testamentario nombrado por el padre ó la madre y al designado por un extraño que hubiese instituído heredero al menor ó incapacitado, cuando el nombramiento se hubiere hecho con relevación de fianza.

Administración de la tutela.—El tutor ejercerá su cargo

en la forma que marca el Código español en sus artículos 262 y 264, números 1.° y 4.° El menor por su parte debe respeto al tutor, quien se encuentra facultado para castigarlo y corregirlo moderadamente, doctrina igual á la del art. 63 del citado Código. Una vez en el ejercicio del cargo, el Juez fijará, con audiencia del tutor, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de aumentarla ó disminuirla en relación con las alteraciones que sufra el patrimonio y atendiendo las demás circunstancias (precepto semejante al del párrafo 2.° del art. 268 de nuestro Código). Dentro del primer mes el tutor fijará, con aprobación de aquella autoridad, la cantidad que haya de invertir asimismo en gastos de administración y número de dependientes necesarios para ella.

El tutor deberá obtener autorización judicial para la celebración de ciertos actos, de la misma manera que en nuestra patria la necesita del consejo de familia. Son estos actos los que fija el art. 269 del Código español en sus casos 2.°, 5.°, 6.°, 9.° y del 10 al 12. No puede dar en arrendamiento los bienes por más de cinco años sino en caso de necesidad ó utilidad, circunstancias que justificará asimismo si se trata de venta. Ésta se verificará, siendo inmuebles, mediante subasta, y si son muebles, conforme á lo que decida el Juez.

Tienen prohibición los tutores de comprar y arrendar para sí, su mujer, hijos ó hermanos los bienes del menor, salvo el caso de que sean coherederos ó copartícipes con él, y para hacer donaciones á nombre del mismo, actos (menos el arrendamiento) que prohibe también nuestro Código.

El tutor tendrá derecho á percibir una retribución sobre los bienes del menor. Podrá fijar dicha retribución el ascendiente que le haya nombrado en su testamento; si no lo hiciere, ó el tutor fuere legítimo ó judicial, la designará el Juez, sin que en ningún caso pueda bajar del 20 por 100 de las rentas líquidas de los bienes del menor, teniendo pre-

sente dicha autoridad para efectuar la regulación el mayor ó menor trabajo del tutor, la actividad empleada y el aumento del capital. El Código de Guatemala se diferencia por completo del español, que señala un mínimun de 4 por 100 y un máximun de 10 por 100.

Extinción de la tutela.—Se extingue: 1.°, por muerte del tutor ó del menor; 2.°, por ausencia del tutor declarada en forma legal; 3.°, por su remoción; 4.°, en caso de excusa ó impedimento superviniente; 5.°, mayor edad del menor; 6.°, por el matrimonio de la mujer sujeta á tutela.

Cuentas de la tutela.—La obligación y forma de rendirlas es casi igual á la que nuestro Código exige en sus artículos 281 y 283. La rendición la efectuará en un plazo que no podrá bajar de dos meses ni exceder de seis, en el lugar en que se desempeñe la tutela (á no ser que el menor ó su representante prefieran el fuero del domicilio del tutor), á expensas del menor, cancelándose, una vez rendidas las cuentas y aprobadas, la garantía dada por el tutor.

Las acciones que asisten al menor para reclamar contra el tutor, sus fiadores y gerentes por hechos relativos á la administración de la tutela, quedan extinguidas por el lapso de cinco años (igual que en nuestro Código), contados desde el día en que llegó á mayor edad. Si feneciese la tutela antes de esta fecha, podrán también ejercitarse esos derechos, computándose entonces los términos desde el día en que el menor llegue á la mayor edad.

Disposiciones generales sobre la tutela.—La tutela es un cargo personal que no pasa á los herederos del tutor, pues sólo deben responder éstos de la administración de su causante. Si son mayores de edad, estarán obligados á continuarla hasta el nombramiento de nuevo tutor. El marido es tutor de su mujer, y si fuera menor, su tutor administrará los bienes de ambos; en caso de suscitarse contienda judicial entre el tutor y el menor, ó si surgiere algún incidente en que sus respectivos intereses estén encontrados, el

Juez designará de oficio al menor un tutor específico con quien sustanciará el punto controvertido. Si á un extranjero se le nombrare tutor en testamento, no estará obligado á admitir el cargo, y en caso de admisión, ésta no implica la adquisición de la ciudadanía.

Si durante la menor edad de un individuo se le hiciere alguna donación, herencia ó legado con la precisa condición de que sean administrados estos bienes por la persona que el donante ó testador designe, se accederá á su deseo, á menos que el Juez, oyendo á un tutor específico, encontrase evidente perjuicio para el menor en aceptar en esos términos la donación. Este último precepto viene á ser análogo al del artículo 162 de nuestro Código, que establece que los padres serán los administradores de los bienes donados ó legados á los hijos para su educación é instrucción, á no ser que en la donación ó legado se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

DE LOS GUARDADORES

Libro primero.—Título VII.—Artículos 421 al 432.

Guardadores.—Se llama así al individuo que se encarga de cuidar de la persona de un incapacitado y de administrar sus bienes, ó los de un pródigo ó ausente. Pueden ser testamentarios ó judiciales, según que estén nombrados en testamento por los padres para sus hijos legítimos, legitimados, ilegítimos, reconocidos ó adoptivos, ó se haga su designación por el Juez, gozando aptitud para desempeñar este cargo los mismos que la tienen para ser tutores. Sus obligaciones son las mismas que las de éstos, así como las excusas y las causas de remoción; la mujer casada puede ser guardadora judicial de su marido.

Termina el cargo de guardador: 1.°, por muerte de éste;

2.°, por muerte del incapaz; 3.°, por ausencia del guardador, declarada en forma legal; 4.°, por remoción, excusa ó impedimento; 5.°, por término de la incapacidad. En los casos marcados con los números 1.°, 3.° y 4.°, se nombrará otro guardador al incapaz.

DE LA RESTITUCIÓN «IN INTEGRUM»

Libro primero.—Título XII.—Art. 433.

Restitución in integrum.—La ley no reconoce este beneficio ó privilegio, como le llama el art. 433 del Código que estudiamos.

DEL REGISTRO CIVIL

Libro primero.—Título XIII.—Artículos 434 al 499.

Comienza el Código de Guatemala este título determinando el concepto del estado civil, diciendo que «es la capacidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles». Esta calidad deberá constar en el Registro del estado civil, cuyas actas serán la prueba del respectivo estado, para lo que habrá en la capital de la República un funcionario que estará encargado de llevar dicho Registro; en las demás poblaciones que tengan Municipio, el Registro estará á cargo del respectivo Secretario municipal, siendo el encargado de llevarlo en la capital el Depositario del Registro civil, y su nombramiento se hará por el Gobierno.

En el Registro se anotarán los nacimientos, la ciudadanía y el domicilio de extranjeros, los matrimonios, el reconocimiento de los hijos ilegítimos, las adopciones y las defunciones.

Cada una de estas circunstancias se registrará en un li-

bro separado, en el cual se dejará como margen una tercera parte de su anchura para anotar todas las modificaciones que experimente el estado civil de la persona.

MÉJICO

DE LA TUTELA

Libro primero.—Título IX.—Artículos 430 al 695.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 430 al 448).—Capítulo II: De la declaración de estado (artículos 449 al 471).—Capítulo III: De la interdicción de los pródigos (artículos 472 al 483).—Capítulo IV: Del estado de interdicción (artículos 484 al 525).—Capítulo V: De la tutela testamentaria (artículos 526 al 544).—Capítulo VI: De la tutela legítima (artículos 545 al 548).—Capítulo VII: De la tutela legítima de los dementes, idiotas y sordomudos (artículos 549 al 553).—Capítulo VIII: De la tutela legítima del pródigo (artículo 554).—Capítulo IX: De la tutela dativa (artículos 555 al 559). Capítulo X: De la tutela de los hijos abandonados (artículos 560 y 561).—Capítulo XI: De las personas inhábiles para la tutela y de las que deben ser separadas de ella (artículos 562 al 566).—Capítulo XII: De las excusas de la tutela (artículos 567 al 577).—Capítulo XIII: De la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo (artículos 578 al 591).—Capítulo XIV: De la administración de la tutela (artículos 592 al 636).—Capítulo XV: De la extinción de la tutela (art. 637).—Capítulo XVI: De las cuentas de la tutela (artículos 638 al 668).—Título X: Del curador (artículos 669 al 678).—Título XI: De la restitución in integrum (artículos 679 al 688).—Título XII: De la emancipación y de la mayor edad.—Capítulo I: De la emancipación (artículos 689 al 693).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 694 y 695).

Tutela.—Su objeto, muy análogo al que le concede nuestro Código en su art. 199, es la guarda de la persona y bienes de los que, no estando en patria potestad, no pueden gobernarse por sí, ya por incapacidad natural y legal, como la de los menores no emancipados, la de los locos, idiotas y sordomudos que no sepan leer ni escribir, ya sólo por la legal en los declarados pródigos y los menores emancipados legalmente para los negocios judiciales. Es un cargo perso-

nal que se ejerce con intervención del curador, en los términos fijados por la ley, sin que pueda existir á un mismo tiempo para un individuo incapaz más de un tutor y un curador; pero sí tener éstos á su cargo la guarda de varios incapaces. Cuando los herederos sean menores, incapacitados ó se hallen ausentes, el testamentario, los parientes ó las personas con quienes viviera el difunto tienen obligación de dar parte del fallecimiento al Juez del domicilio en término de ocho días, bajo la multa de 25 á 100 pesos, para que provea dicha autoridad al cuidado de la persona y bienes hasta que se nombre tutor; mas si al diferirse la tutela se encuentra el incapaz fuera de su domicilio, el Juez de primera instancia, y en su defecto el Juez menor del pueblo en que se hallare, hará inventario y depositará los bienes muebles del incapaz, dando aviso y remitiendo suficiente testimonio al Juez del domicilio, diligencias que en igual forma se practicarán al quedar por cualquiera causa vacante la tutela. En todos estos casos será oído el Ministerio público, y será responsable el Juez de los perjuicios que sufran los incapaces.

Los cargos de tutor y curador se defieren: 1.°, en testamento; 2.°, por la ley; 3.°, por elección del mismo incapaz, confirmada por el Juez; 4.°, por nombramiento de éste.

Declaración de estado.—No puede deferirse ninguna tutela sin que se declare en juicio el estado de la persona sujeta á ella. Instada la demanda, el Juez nombrará un tutor interino, á quien se oirá en el juicio, sin que pueda recaer este nombramiento en la persona que haya pedido la interdicción. Nuestro Código sólo exige tal declaración tratándose de los locos y el pródigo.

Declaración de estado de minoridad.—Pueden pedirla: 1.°, el mayor de catorce años; 2.°, el cónyuge; 3.°, los presuntos herederos legítimos; 4.°, el testamentario; 5.°, el Ministerio público. Se probará este estado con la certificación del Registro, la confesión del menor si por su aspecto

lo pareciere, y en defecto de una y otra prueba por información de testigos.

Interdicción del demente.—Podrán solicitarla: 1.°, el cónyuge; 2.°, los presuntos herederos legítimos; 3.°, el testamentario; y á falta de todos ellos el Ministerio público, ó sean las mismas personas que en el Código español menos los herederos testamentarios, que éste no menciona. El estado de demencia se probará por testigos ó documentos, pero será requisito necesario el reconocimiento del incapaz por dos médicos, designados por el Juez, para que, á su presencia, la del tutor interino y el Ministerio público, certifiquen el estado del enfermo, levantando acta de ello, en la que se harán constar las preguntas que el Juez dirija al demente y á los médicos. Es obligación del tutor justificar en el mes de Enero de cada año el estado del enfermo, pues debe procurar ante todo su curación, destinando á ello las rentas y aun los bienes si fuere necesario. Nuestro Código no exige esa justificación, pero sí procurar que el loco ó sordomudo recobre su capacidad (art. 264, núm. 2.°). La sentencia que se dicte podrá declarar la interdicción absoluta del demente, ó la relativa á ciertos actos que se especificarán en el fallo, así como también determinar para cuáles bastará la autorización del tutor, y aquellos en que será necesaria la aprobación judicial.

Idiotas, imbéciles y sordomudos.—En la interdicción de éstos se seguirá el mismo procedimiento.

Pródigo.—El Código de Méjico define la prodigalidad con bastante acierto, diciendo (art. 473) que consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas ó utilidades de los bienes en cosas vanas é inútiles. Pueden solicitar su interdicción los mismos á quienes da derecho el art. 222 de nuestro Código.

Se probará este estado por los medios ordinarios, exceptuando la confesión, pero siendo oído en el juicio, además

del tutor interino, el interesado. La sentencia se dictará en la forma que fija el art. 221 del Código español, excepción hecha de lo relativo á los casos en que habrá de ser consultado el consejo de familia, institución que no admite el Código mejicano.

La tutela del pródigo podrá cesar á los tres años si él lo pide y prueba en forma su buena conducta, previa audiencia del tutor y el consentimiento del curador y el Ministerio público.

Estado de interdicción.—La sentencia que en primera instancia se dicte será sólo apelable en el efecto devolutivo, pero en el juicio podrán utilizarse todos los recursos que las leyes concedan á los de mayor interés; cuando sea ejecutoria, el Juez llamará al ejercicio de la tutela á las personas á quienes corresponda, y una vez discernido el cargo, cesará el tutor interino, rindiendo sus cuentas al tutor propietario. Aun después de ser firme la sentencia, el Juez, á instancia de parte, y según las facultades intelectuales ó la conducta del incapacitado mejore ó empeore, podrá cambiar la interdicción de absoluta en parcial, modificar ésta, ampliándola, restringiéndola ó cambiándola en absoluta, previo reconocimiento del incapaz, acuerdo apelable en ambos efectos; dándose publicidad por medio de la prensa á todos los autos en que se nombre tutor y á las sentencias en que se declare ó ponga término á la interdicción. Cuando la tutela recaiga en cualquiera otra persona, se ejercerá conforme á las reglas establecidas para la de los menores.

Tutela testamentaria.—La patria potestad da derecho, aun á los menores, á nombrar en testamento tutor para aquellos sobre quienes la ejercen; los que no ejerzan potestad, pero instituyan herencia ó legado á favor de un incapaz, pueden nombrarle tutor para la administración de los bienes, preceptos ambos establecidos en nuestro Código. El padre no puede excluir de la patria potestad á la madre, pero cualquiera de ellos, designando tutor en sus testamen-

tos, excluyen á los ascendientes en quienes hubiere de recaer dicho derecho.

El nombramiento testamentario de tutor hecho por un ascendiente, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á cualquier otro ascendiente que hubiera debido ejercerla en su caso.

Si hay un menor y varios tutores, desempeñará el cargo el primer nombrado, sustituyéndole los demás por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción. Si los menores fuesen varios, podrá nombrárseles uno ó más tutores, y si los intereses de unos pupilos estuviesen en oposición con los de los otros, lo pondrá el tutor en conocimiento del Juez, quien nombrará uno especial que defienda los intereses de los menores que designe, en tanto se decida la oposición. El padre ó la madre que ejerzan la tutela de un hijo incapacitado intelectualmente, pueden dejarle tutor testamentario, pero si esa incapacidad fuere por causa de prodigalidad, sólo al padre se confiere esa facultad, sin que en ningún otro caso haya lugar á la tutela testamentaria del incapacitado.

Tutela legítima.—Ha lugar á ella: 1.°, por suspensión, pérdida ó impedimento de la patria potestad; 2.°, en defecto de tutor testamentario; 3.°, si se nombra tutor por causa de divorcio.

La de los menores corresponde: 1.°, á los hermanos, siendo preferidos los de doble vínculo; 2.°, á los tíos carnales, eligiendo el Juez en ambos casos, y tratándose de hermanos de igual vínculo ó tíos de igual grado, al más apto.

El orden de llamamiento en la de dementes, idiotas y sordomudos es igual al establecido en el art. 220 de nuestro Código, diferenciándose tan sólo en que da preferencia á los hijos que vivan en compañía del padre, y llama, en defecto de todos, á los tíos.

El padre es de derecho tutor del hijo pródigo, y en su

defecto, si no lo dejó nombrado en testamento, lo designará el Juez.

Tutela dativa.—Tiene lugar en el mismo caso que previene el art. 231 de nuestro Código y por imposibilidad temporal del tutor testamentario ó no existir ningún pariente de los llamados á la tutela legítima de los menores. Si el sujeto á tutela es menor de catorce años, nombrará el Juez el tutor: si es mayor de esa edad, lo designará el menor, y el Juez confirmará el nombramiento, no habiendo justa causa en contrario. Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado, y el tutor en este caso percibirá los mismos honorarios que señale el arancel á los Procuradores.

Tutela de los hijos abandonados.—Los recogidos por una persona están bajo su tutela, y los que se encuentran acogidos en casas de beneficencia bajo la de sus Directores, como dispone el art. 212 de nuestro Código.

Personas inhábiles para la tutela y de las que deben ser separadas de ella.—No pueden ser tutores, aunque estén conformes en recibir el cargo: los Jueces ó Magistrados que tengan jurisdicción en el lugar ó lugares en que se hallen el menor ó sus bienes; los empleados públicos de Hacienda que por su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual ó la hayan tenido y no la hubiesen cubierto. Los demás casos de inhabilitación son los mismos que el artículo 237 de nuestro Código menciona en los números 1.° al 8.°, 10 y 12.

Serán separados de la tutela: el tutor que intente casarse con la pupila sin haberse aprobado legalmente las cuentas, y los que se encuentren en los mismos casos que con los números 1, 2 y 4 fija nuestro Código en su art. 238. La separación se hará siempre con audiencia del tutor y por sentencia judicial.

Excusas de la tutela.—Pueden alegarlas las personas que el art. 244 de nuestro Código señala en sus apartados 1.°

y 6.° y del 8.° al 12. Los impedimentos y excusas deben proponerse ante el Juez competente; pero el que teniéndola acepta el cargo, se entiende que renuncia á ella. La excusa deberá proponerse en el término que marca el segundo párrafo del art. 247 de nuestro Código, y un día más por cada cinco leguas de distancia; si la excusa fuere posterior á la admisión del cargo, el tutor usará de su derecho en la forma que fija el art. 248 de nuestro Código, designándose por el Juez un tutor interino para que ejerza el cargo durante el juicio de impedimentos; el que se excusare sufrirá la sanción impuesta en el art. 251 del Código español.

Afianzamiento de la tutela.—Prestarán los tutores caución como establece el art. 252 de nuestro Código, y consistirá en la que fija el 253 del mismo, debiendo asegurar los productos de las fincas rústicas, graduados por peritos, ó por el término de un quinquenio, á elección del Juez, y los bienes expuestos en el art. 254 del mencionado Código, ajustándose asimismo á un precepto semejante al del 259 de éste en cuanto al aumento ó disminución de los bienes. Si el tutor, dentro de un trimestre, no pudiera dar la garantía exigida, el Juez, con audiencia del curador, podrá disminuir su importe; pero nunca bajará de la mitad, ejerciendo el cargo durante este tiempo un tutor interino. Están exceptuadas de la obligación de afianzar las mismas personas que en el art. 260 del Código español se expresan, y á más, los tutores de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes y sólo tenga créditos ó derechos litigiosos, y los que recojan á un expósito, le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Administración de la tutela.—Ningún tutor podrá ejercer el cargo sin que antes se nombre curador. El que no llenare esta formalidad responderá de los perjuicios que cause al menor y será separado del cargo. El tutor tiene que

cumplir las mismas obligaciones que el Código español establece en los párrafos 1.° y 3.° de sus artículos 264 y 268. Cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, en el primer mes fijará, con aprobación del Juez, las cantidades que hayan de invertirse en los gastos de administración y el número de dependientes para ello. El menor debe respetar á su tutor, concediéndosele las mismas facultades que á los ascendientes para imponerles corrección; y le destinará á la carrera ú oficio que elija, si no estuviere designada ó dedicado ya á ella, y sea compatible con su patrimonio.

Necesitará el tutor la autorización judicial para los mismos casos en que es necesaria la del consejo de familia en nuestra patria, ó sea en los que determina el art. 269 del Código español en sus números 4, 5, 6, 9, 11 y 12. Sólo en caso de necesidad ó utilidad, y previo consentimiento, podrá arrendar las fincas por más de nueve años. La venta de los bienes inmuebles se verificará en subasta pública y la de los muebles en la forma que acuerde el Juez. Se prohibe al tutor los mismos actos que fija el art. 275 de nuestro Código en sus casos 1.°, 3.° y 4.°, gozando de la misma retribución que éste le concede en su art. 276.

Extinción de la tutela.—Se extingue: 1.°, por muerte del tutor; su ausencia, declarada en forma legal; su remoción, excusa ó impedimento que sobrevenga; 2.°, por la muerte del menor, cesación del impedimento y emancipación.

Cuentas de la tutela.—La relevación de rendir cuentas consignada en testamento ó dispensada por el menor no surtirá efecto, puesto que la obligación del tutor es darlas al curador todos los años (siendo causa de remoción la falta de su cumplimiento durante tres años, aunque no sean consecutivos), y generales al terminar el cargo, en la forma que disponen los artículos 281, 283 y 284 de nuestro Código, en un plazo que no podrá bajar de dos meses ni exceder de cuatro, entregando todos los bienes y documentos que per-

tenezcan al menor, y cancelándose la garantía una vez que las cuentas hayan sido aprobadas.

Las acciones que competen al menor para reclamar acerca de la administración del tutor se extinguen á los cuatro años, en vez de cinco que señala el Código español.

Curador.—Todos los que estén sujetos á tutela de cualquiera de las clases expuestas, tendrán un curador, cuyo nombramiento corresponde á los que tienen derecho á designar tutor. También pueden nombrarlos por sí mismos con la aprobación judicial, los mayores de catorce años y los menores legalmente emancipados para los negocios judiciales; en todos los demás casos, serán nombrados por el Juez, rigiendo acerca de ellos las mismas causas de impedimento y excusas que para los tutores.

Están obligados: 1.°, á defender los derechos del incapacitado si estuvieren en oposición con los del tutor; 2.°, á vigilar la conducta de éste y poner en conocimiento del Juez cuanto á su juicio sea dañoso al incapacitado; 3.°, dar aviso al Juez para el nombramiento del tutor cuando faltare ó abandonare la tutela; 4.°, á cumplir las demás obligaciones que la ley señala. La falta de cumplimiento de estas obligaciones les hará responsables de los daños y perjuicios causados al menor. Cesan en su cargo por las mismas causas que el tutor ó á los diez años de ejercicio si lo solicitaren.

El concepto y las funciones del curador son, como vemos, las que nuestro Código señala al protutor.

Restitución in integrum.—Gozan de este beneficio todos los sujetos á tutela por los perjuicios que sufran en los negocios que hicieren por sí mismos con la aprobación del tutor, y en los que éste en su nombre hiciere. Para utilizarlo deberá acreditarse: 1.°, que el daño se sufrió en tiempo de la menor edad ó incapacidad; 2.°, que excede de la cuarta parte del precio ó interés del asunto; 3.°, que provino del negocio mismo. Se tramitará en juicio sumario, siendo siempre un recurso subsidiario y para el caso en que no haya

lugar á otro alguno, oyéndose al Ministerio público. El menor podrá pedir la restitución durante la menor edad y cuatro años después, y si se otorga producirá el efecto de reponer las cosas al estado que tenían antes de sufrir el daño.

No ha lugar á la restitución: 1.°, en los actos practicados por el tutor con autorización judicial; 2.°, cuando el que la pide no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor.

Nuestro Código, abandonando en este punto por completo el elemento jurídico nacional, ha omitido este beneficio establecido en la antigua legislación.

De la emancipación.—Coinciden en un todo sus disposiciones con las consignadas en los artículos 314 á 319 de nuestro Código.

De la mayor edad.—Se obtiene á los veintiún años cumplidos, adquiriendo el menor la libre disposición de su persona y bienes. No obstante, las mujeres mayores de esa edad, pero menores de treinta, no podrán dejar la casa paterna sin licencia de sus padres, á no ser para casarse ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título cuarto.—Artículos 48 al 158.

Capítulo I: Disposiciones generales sobre las actas del estado civil (artículos 48 al 74).—Capítulo II: De las actas de nacimiento (artículos 75 al 97).—Capítulo III: De las actas de reconocimiento de los hijos naturales (artículos 98 al 105).—Capítulo IV: De las actas de tutela (artículos 106 al 109).—Capítulo V: De las actas de emancipación (artículos 110 al 113).—Capítulo VI: De las actas de matrimonio (artículos 114 al 134).—Capítulo VII: De las actas de defunción (artículos 135 al 148).—Capítulo VIII: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 149 al 158).

No existe más que un solo registro para los diversos actos del estado civil enumerados en los capítulos respectivos. Por razones análogas á las expuestas en el estudio de los

demás Códigos, no entramos á exponer el contenido del de Méjico sobre este particular, haciéndolo sólo de aquella parte que atañe á materias objeto de este tomo, como, v. gr., las actas de la tutela y de la emancipación.

Actas de tutela.—Discernido el cargo de tutor y dentro de setenta y dos horas después de hecha la publicación, se presentará copia certificada del auto al encargado del Registro para que levante acta, cuidando el curador de que esto se cumpla. El acta de tutela contendrá: 1.°, nombre, apellido y edad del incapaz; 2.°, clase de incapacidad; 3.°, el nombre y demás generales de las personas que hayan ejercido patria potestad; 4.°, filiación del tutor y curador; 5.°, garantía dada por el tutor; 6.°, nombre del Juez que pronunció el discernimiento y su fecha.

Actas de emancipación. — Si fuere por causa de matrimonio no se levantará acta; se hará constar en la de nacimiento de cada uno de los cónyuges, expresando al margen quedar emancipados por virtud del matrimonio y la fecha en que se realizó; si fuere por voluntad del que ejerza la patria potestad, se hará insertando en el acta á la letra la levantada por el Juez en el acto de la emancipación, y se hará constar por nota marginal en la de nacimiento. Si en la oficina en que se registre la emancipación no existe partida de nacimiento, se remitirá copia del acta levantada á la del lugar donde se registró el nacimiento para que pueda extenderse la nota marginal.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO PRIMERO

TÍTULO IX

De la tutela.

El Código civil español dedica dos títulos al desarrollo de la institución que va á ser objeto de nuestro estudio, y decimos dos títulos, porque si es cierto que á la tutela propiamente dicha consagra el IX y al consejo de familia el X, no es dable desconocer que ambas instituciones jurídicas se enlazan y compenetran de tal suerte, que puede decirse la segunda complemento de la primera, por cuanto la reunión de las dos constituye la guarda del menor ó del incapacitado por naturaleza, como el demente ó sordomudo; ó por sus propios actos no conformes con las normas á que debe ajustarse la razón, como el pródigo, ó por la ley que corrige los extravíos del delincuente, como el interdicto.

Institución es la de la tutela que viene á completar la personalidad jurídica, restringida por esos diversos estados de minoridad, demencia, sordomudez, prodigalidad é interdicción civil.

Así considerada la tutela, cabe incluirla entre las instituciones que arrancan de los más puros principios del Derecho, siquiera en sus manifestaciones, es decir, en su forma, modo y desarrollo sea de Derecho positivo, mudable como éste y subordinado á las evoluciones del progreso, por cuya anchurosa y espléndida vía caminan todas las ciencias de la razón y el Derecho con ellas.

No es el Derecho estático, como las ciencias derivadas del dogma, suspensas en su infinito éxtasis, sino eminentemente progresivo, aunque mantenga un fondo de permanencia. La confirmación de esta verdad la hallamos irrecusable en la tutela. El fondo de permanencia de la misma, el lazo, por decirlo así, que la entronca con los principios universales é imperecederos del Derecho filosófico consiste en la obligación social de acudir solícitamente á la defensa y salvaguardia del menor que por su orfandad no puede defenderse en la constante lucha de la vida, ó del mayor que por enfermedad de su cerebro, demencia, imbecilidad, casi nos atreveríamos á decir prodigalidad, ó por extravíos de su conducta, tampoco puede ostentar una capacidad plena para ser sujeto en la constante relación jurídica que la vida social supone.

Fondo éste inalterable, reconocido por el Derecho de Roma y por el de todos los pueblos, que de esta suerte le han comunicado el dón de universalidad que caracteriza la institución de la tutela.

Con estas breves y hermosas palabras expresa el notable jurisconsulto belga Laurent la derivación de la tutela por línea derecha del *jus naturalis:* «La naturaleza ha dado al menor un protector, á saber, sus pa-

dres; si el niño tiene la desgracia de perderlos, la ley subsiste y la naturaleza quiere que la protección no falte, y que el celo y cuidado de los padres venga á ser en parte reemplazado: de aquí la tutela.»

Lo mismo dijeron nuestras leyes de Partida, y no hay más que recorrer las páginas de tan luminoso cuerpo de nuestro Derecho y detenerse en la ley 20 del título XXIII de la Partida 3.ª, allí donde se dice:

«Porque magüer el Rey es tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo deue fazer á estos (huérfanos), porque son assi como desamparados é mas sin consejo que los otros.»

Los Códigos, tanto europeos como de las repúblicas americanas, recogen y consignan el mismo principio de defensa y protección del menor, y nuestro Código, la obra magna tan suspirada que nos sirve de tema en estos estudios, siguiendo casi á la letra el texto del artículo 430 del Código mejicano, dice que la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

He aquí el elemento permanente que constituye la razón de la tutela.

* * *

Ahora bien: el elemento mudable y progresivo radica en la exteriorización del permanente, según el concepto de los diversos legisladores, y el más adecuado desarrollo que presidiera, según dicho concepto, á la mejor aplicación del principio de protección y de-

fensa del menor y del incapaz. Síguese en esto la ley universal de ser la forma la que se modifica en la evolución latente de todo proceso biológico.

Para comprender y demostrar esta verdad, es suficiente exponer en ligeros trazos las vicisitudes por las que ha ido pasando la tutela.

Hay en la jurisprudencia primitiva, dice elegantemente Sumner Maine (1), una invención particular para retener á la mujer toda su vida sujeta á la dependencia de los lazos familiares.

Es la institución conocida en el antiguo Derecho romano con el nombre de tutela perpetua de las mujeres; la que, cuando ya se habían pronunciado sus decadentes caracteres, fué recogida por Gayo en su Instituta, forzándole á exclamar, como jactándose de la originalidad de su clásico Derecho:

Aput peregrinos non similiter ut aput nos, in tutela sunt feminæ.

La mujer emancipada del poder paterno por el fallecimiento del padre continuaba dependiendo toda su vida del pariente varón más próximo ó del representante del padre, que la servía de tutor.

Como dice Sumner Maine, la tutela perpetua no era más que una prolongación artificial de la patria potestad. Aún hoy en la India este sistema prevalece, y la madre se suele encontrar frecuentemente bajo la tutela de sus hijos.

Los pueblos escandinavos han consagrado igual sistema hasta tiempos muy recientes.

La tutela de la mujer existió además, bajo sus for-

(1) Sumner Maine, *Ancient Law*.

mas más retrógradas, en los pueblos que invadieron el imperio de Occidente.

Los germanos, más principalmente los lombardos, le comunicaron un carácter peculiar: pero es indiscutible, según afirma Laboulaye, que la institución fué conocida de todos los pueblos de origen germánico.

Toda mujer, bajo la ley lombarda, tenía un tutor *(mundualdus)*: la mujer casada, á su marido; la hija, á su padre; la hermana, á su hermano; la madre, á su hijo. A falta de estos parientes, el agnado más próximo, y en defecto de agnados, la Asamblea real nombraba el tutor.

Esta inferioridad de las mujeres entre los germanos se explica fácilmente, dice Laboulaye, en una sociedad semisalvaje en que existían familias pero no Estados, y en las cuales era menester un jefe capaz de proteger á los que respectivamente tuviese cada uno bajo su jurisdicción.

Al llegar el Derecho romano á su madurez, la tutela de las mujeres había desaparecido, y, como afirma Sumner Maine, apenas nada sabríamos de ella si consultáramos sólo las Compilaciones Justinianeas.

Pero si la tutela perpetua de la mujer había desaparecido, aún subsistían determinadas incapacidades, como las que nos revelan las leyes 18, tít. I, y la 2.ª, título III del libro veintiséis del Digesto. La mujer no podía nombrar tutor en testamento á su hijo, y si lo nombraba era necesaria la confirmación por decreto del Pretor ó Procónsul *ex inquisitione*.

Dejemos el Derecho de Roma y vengamos á nuestras leyes patrimoniales. En ellas, manteniéndose inalterable el fondo, se marcan las desviaciones, y con ellas se reflejan el carácter propio y nacional.

Así, nuestro Fuero Juzgo ya no señala la perpetua incapacidad de la mujer, y en la ley 3.ª, tít. III del libro cuarto, se dice: «Si el padre fuese muerto, la madre deve aver los fiios de menor edad en su guarda si ella quiere e si se non casare.» El mismo derecho y casi con las mismas palabras le otorgaba el Fuero Real y aun las leyes de Partida, siquiera estuvieran imbuídas del espíritu romano, propio de la época en que se dictaron.

Y limitándonos á nuestros tiempos, el adelanto no puede presentarse con caracteres más ostensibles.

Ya no es la guardadora la institutriz de sus hijos como el Fuero Real decía; es la madre con el derecho de matria potestad, derivado de su augusta condición; es la mujer que ha reconquistado sus fueros olvidados, que ha llegado á la plenitud de su influencia, ocupando en la familia el lugar que le corresponde.

Hemos tenido ocasión de comprobar nuestro aserto presentando á la consideración de los lectores un aspecto especial y curioso de la institución de la tutela, pero no debemos reducirnos á estudiarla desde dicho punto de mira.

Desde luego los Códigos modernos se han apartado del casuísmo romano, que si constituye fuente de doctrina copiosísima, á la que hay constantemente que acudir, para obtener la resolución de complejas cuestiones deducidas con el admirable sentido práctico que caracterizó al pueblo legislador por excelencia, no por esta virtud debemos olvidar los daños que una complexidad semejante puede ocasionar.

El derecho moderno construye con más severidad, acaso porque comprende toda la virtud de aquella má-

xima *Simplicitas legibus amica*. Así es que aquella antigua división de la tutela, según fuese púber ó impúber el sometido, ha sido borrada.

Cierto que algunos Códigos la conservan, v. gr., el chileno, pero no lo es menos que una prudente simplificación aconsejaba excluir uno de los dos factores, salvar las diferencias entre tutela y curatela, diferencia alguna de ellas que sirvió de tema de discusión á nuestros tratadistas, entre ellos el ilustre Gutiérrez, y constituir un solo cargo en armonía con la institución y su fin característico. Al cabo, nuestros Códigos indígenas, Fuero Juzgo y Fuero Real, sancionaron la misma doctrina.

De otro lado, aquel espíritu de cohesión de la familia que ya se trasluce en alguna de las leyes de Roma, siquiera fuese sofocado por la preponderancia del poder paterno, va poco á poco penetrando en la conciencia popular, y en nuestra España el Derecho consuetudinario de Aragón y el de Navarra, según hace notar Costa con respecto al primero y Morales Gómez con relación al segundo en su notable Memoria redactada con arreglo al decreto de 2 de Febrero de 1880, nos demuestran la práctica del consejo de familia, desmintiendo con ello al orgullo francés, que por boca de Valétte en su *Curso del Código civil*, dice: «La institución del consejo de familia tiene un origen *toute française.*»

Ya protestó contra este exclusivismo de los autores franceses el Sr. García Goyena en sus comentarios al proyecto de 1851, y adujo dos leyes, una del Fuero Juzgo, precisamente la que nosotros hemos citado al ocuparnos, por vía de historia, de la tutela de la mujer,

y la 3.ª, tít. VII, libro tercero del Fuero Real, en cuyas dos leyes creyó ver el esbozo tosco y sin sistema, como todo lo que empieza, algo informe y grosero, pero algo que tiene afinidades con el consejo de familia, de que los franceses se reputan únicos y privilegiados inventores. No creemos, como el Sr. García Goyena, que las palabras de esas dos leyes, y muy principalmente las del Fuero Juzgo en su texto latino, sean un principio sin desbastar del consejo de familia, y á lo sumo pueden reputarse reflejo de una idea que germinara en la mente de los redactores de ambos Cuerpos legales, como producto de una reflexión acerca del predominio que por derecho debe gozar la familia sobre el extraño en todo aquello que tan directamente atañe á sus propias atribuciones, como la defensa y protección de uno de sus miembros componentes.

Esta idea ha debido siempre ser mirada con simpatía, y cáusanos por lo mismo extrañeza que un escritor distinguido como el Sr. Escriche mantenga en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* una opinión tan singular como la que manifiestan las siguientes palabras: «Institución inútil unas veces, inconveniente otras, desde el momento en que las ideas, las costumbres y hasta la misma legislación desconocen la solidaridad de la familia, ensalzando los derechos del individuo.»

Con más extensión trataremos de este punto en su oportuno lugar, bastando por el presente con las ligeras indicaciones que preceden.

Pero de todo lo que dejamos dicho, venimos á parar á la consecuencia de que la institución de la tutela, como de Derecho universal, permanece inalterable en su razón, derivada de que es un deber social acudir á

la defensa y protección de la persona y bienes del que, por su incapacidad, nacida de la edad ó de otras causas, no puede defenderse.

Al propio tiempo se observa en la dicha institución la huella del progreso, manifiesta en sus dos más características señales, á saber, el perfeccionamiento y la simplificación.

De ello da testimonio la lucida hueste de Códigos extranjeros que han precedido al nuestro, y en los cuales, al par que en la legislación derogada, se ha inspirado.

*
* *

El deber de la asistencia para ser cumplido, impone la combinación armónica del deber social y del individual, y por consecuencia es la fuente de obligaciones del Estado y de los particulares, correlativas al derecho del necesitado de protección.

Por eso dice Ahrens que toda la vida social es un producto de las fuerzas vivas de las personas individuales y de los poderes sociales, que las combinan y dirigen para fines comunes. Expresión notable de un hermoso pensamiento.

En efecto, en la tutela considerada bajo el aspecto meramente de Derecho civil que la estudiamos, se observa la acción del poder social, estableciendo las leyes que han de regular la institución, y no con un carácter permisivo, y como tal, renunciable, sino preceptivo y con prohibición de renuncia, y la combinación se encuentra en que si bien es el Estado el que define y regula, es el individuo el que cumple el fin común pro-

puesto por aquél, que no es otro que suplir la deficiente personalidad del incapaz, como derecho este último esencial al hombre, y colocarle por vitud de la existencia en condición adecuada para llenar cumplidamente su misión en la vida social.

Penetrado de esta concepción de la tutela como manifestación en el Derecho positivo del deber de la asistencia, un Código redactado con la mira de acercarse todo lo posible al ideal del Derecho, es á saber, el Código de Guatemala, ha establecido la que denomina tutela natural, porque, como muy bien dice Ahrens, "la ley orgánica, según la cual el hombre se desarrolla, impone el deber de la asistencia á aquéllos á quienes debe el ser, y en su defecto á tutores y curadores, instituídos según los diversos modos sancionados por la ley."

No es esto censurar los demás Códigos, y el nuestro entre ellos; no es otra cosa que apuntar nuestra opinión de que es más conforme á la pureza científica la concepción de la tutela tal como se encuentra desarrollada en el Código de Guatemala.

*
* *

Ciñéndonos ya á nuestro Código civil, observamos que divide la materia del título en once capítulos, comprensivos algunos de ellos de diversas secciones necesarias á su completo desarrollo y al mayor orden de los preceptos.

En el capítulo I (artículos 199 al 205), denominado "disposiciones generales," en armonía con el título, se echan, por decirlo así, los jalones que han de sérvir de

guía en la extensión del camino que hay que recorrer. Del capítulo II al IV se desarrolla en su variedad la tutela, admitiendo las tres clases de testamentaria, legítima y dativa, en seguimiento de la tradición y estricto ajuste á la ley 2.ª del título XVI de la 6.ª Partida.

Como natural consecuencia de la desaparición del cargo de curador, se incluyen en la tutela legítima diversas guardadurías, como la del loco y sordomudo, la de los pródigos y la de los que sufren la pena de interdicción civil.

Está el capítulo V consagrado á tratar del protutor, y decimos á tratar, porque en puridad, al fijarse las atribuciones del mismo se delinea la naturaleza jurídica del cargo. Institución nueva en nuestro Derecho, que no halla precedentes en la legislación castellana ni en las forales. Institución creada para garantía del menor, puesto que la misión principal del protutor es inspeccionar la conducta del tutor, dando la voz de alarma y congregando al que pudiera llamarse Tribunal de la familia para exponer ante él el fundamento de su queja y el perjuicio que de la continuación del abuso pudiera acarrearse al protegido. Institución digna de alabanza, siquiera sea por el justo motivo de su introducción en las leyes patrias.

El cargo de tutor, como el de protutor, aparte de la obligación moral intrínseca, que nunca por extremada será bien cumplida, lleva otras obligaciones establecidas por la ley de grave peso y estrecha responsabilidad. No en balde se confiere el cuidado de una persona incapaz y el de sus bienes. La capacidad restringida del menor ó del loco, supone en el guardador

dos deberes de la mayor importancia, en relación con estos dos aspectos de la guardaduría.

El tutor ha de cuidar de la persona y de los bienes; así ha de acrecentarse su celo y su vigilancia. Celo como de padre, siquiera su cariño no lo consagre el corazón, sino la ley. Vigilancia como de administrador solícito que ha de rendir sus cuentas y ha de encontrar su mayor galardón, no en la retribución pequeña que señala la ley, sino en el deber cumplido y en la satisfacción que proporciona la utilidad reportada á un menor, colocándole en condiciones de independencia el día que, llegado á la mayor edad, pueda conducirse honradamente sin el auxilio ajeno.

Pero estos nobles deberes del tutor no puede cumplirlos quien de por sí no se conduzca con rectitud: de aquí las causas que inhabilitan para ser tutor y protutor; de aquí también las causas de remoción de los mismos.

De ambas se ocupa el cap. VI, estando dedicado el VII á las excusas de la tutela y protutela, excusas fundadísimas que no destruyen, sino que, al contrario, confirman el principio general de que ambos cargos son obligatorios.

Del afianzamiento de la tutela trata el cap. VIII, admitiendo la garantía hipotecaria, la pignoraticia y en último caso la personal.

La obligación es general, sin más excepciones que las del padre, madre y abuelos; la del relevado de esta obligación por el padre ó la madre, y la del tutor nombrado con relevación por el extraño que hubiere instituído al menor ó dejádole manda de importancia.

El cap. IX es, por decirlo así, el compendio legal

de los deberes del tutor durante el ejercicio de su cargo, aunque en el capítulo se contengan también facultades y obligaciones del protutor y consejo de familia, y prohibiciones y derechos del tutor. Conjunto que no responde á ordenación metódica, sino á necesidad de no dejar lagunas en el Código.

Como remate de la tutela viene la rendición de cuentas, de que se ocupa el cap. X, y finalmente el XI, repitiendo disposiciones que ya fueron consignadas en la ley de Enjuiciamiento civil sin resultado, establece el Registro de tutelas, esta vez indispensable, puesto que, á tenor del art. 205 del Código, el tutor no podrá entrar en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el mencionado Registro.

Siguiendo el plan trazado de la obra, entremos ya en el comentario de cada uno de los artículos.

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Como hemos dicho en la introducción que precede y como su propio título indica, el objeto de este capítulo es el de dejar establecidas aquellas disposiciones de carácter generalísimo, que por lo mismo que caben dentro de cada uno de ellos, puesto que son de aplicación á todas las clases de tutela que el Código menciona, se impone consagrarles, para el mayor orden y á fin de evitar repeticiones que afean y deslustran la brillantez de la exposición, un capítulo independiente, que á la manera de preliminar contenga las nociones

precisas y de aplicación inmediata á la tutela, ora en su generalidad, ora particularizada á una sola clase de la misma.

La lógica enseña que en el orden expositivo lo general debe ir antes de lo particular, toda vez que aquéllo le contiene, y es forzoso apreciar el continente para poder estudiar lo contenido.

Seguir esta sencilla regla es lo que ha hecho el Código; por eso en el capítulo que inmediatamente vamos á comentar se comienza por definir la tutela; dícese luego quiénes están sujetos á la misma, y trázase el mecanismo inalterable de su desempeño, por cuanto se estatuye que la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia. Fíjase luego el principio de la irrenunciabilidad del cargo de tutor y protutor, y siempre con la mira de rodear de toda clase de garantías al incapacitado, se echa sobre los Jueces municipales la pesada carga de proveer bajo su responsabilidad al cuidado de la persona y bienes del sujeto á tutela que resida en el lugar de su jurisdicción, ínterin no se nombre tutor. Precepto éste que se complementa con aquel otro del art. 232, y que seguramente no se cumplirá con la facilidad que el legislador lo concibió.

Finalmente; establece el Código las clases de tutela, testamentaria, legítima y dativa, y concluye con un precepto totalmente nuevo y digno de alabanza porque constituye la única manera de que el Registro de tutelas sea una verdad, y no se trueque en letra muerta y ley en desuso, como ha venido sucediendo hasta el día con los artículos 1.875 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

ART. 199. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Concordancias.—Análogo al art. 171 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 165 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro cuarto, tit. III, ley* 4.ª—Porque los huérfanos mientra que son pequennos non pueden defender sus cosas ni á si mismos, derecho es que sean en guarda dotri fasta tiempo establecido.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 1.ª—Tutela tanto quier dezir en latin, como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorze años, e la huérfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta, otorga el derecho a los guardadores sobre las cabeças de los menores, maguer non quieran, e non lo demanden ellos. Pero si pleyto fuesse mouido de seruidumbre contra algun moço desta edad, bien le puede el Juez dar un guardador, que le ampare la libertad, e lo suyo Otrosi dezimos, que el guardador deue ser dado para guardar la persona del moço e sus bienes, e non deue ser puesto por vna cosa, o vn pleyto señalado tan solamente.

ART. 200. Están sujetos á tutela:

1.° Los menores de edad no emancipados legalmente.

2.° Los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3.° Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.° Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Concordancias.—Análogo á los artículos 171, 278, 279 y 299 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 166 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES (*véanse los del artículo anterior*).—*Part.* 6.ª, *tít. XVI, ley* 13.—Curatores son llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos, o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, si non quisieren: fueras ende, si fiziessen demanda a alguno on juyzio, o otro lo fiziesse a ellos. Ca estonce los Judgadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otrosi dezimos, que el curador non deue ser dexado en el testamento, pero si fuere y puesto, e el Judgador entendiere que es a pro del moço, deuelo confirmar. E aun dezimos, que el huérfano que ha guardador, non le deuen dar otro. Fueras ende, si aquel que lo tiene en guarda, fuesse ome de mal recabdo, o tal, que ouiesse de veer tanto en lo suyo que non pudiesse aliñar los bienes del huérfano; o si enfermasse, o ouiesse de yr en romeria, o en otro grand camino. Ca estonce, puedenle dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel, á quien dizen en latin Curator, fasta que el otro sea sano, o torne del camino do ouiesse ydo.

Partida 5.ª, *tit. XI, ley* 5.ª—En latin prodigus tanto quiere dezir en romance como desgastador de sus bienes: e dezimos, que si a este atal por esta razon le fuesse dado guardador, a algun su pariente propinco, o a otro: e le fuesse defendido del Juez del lugar, que non vsasse de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador: ningun prometimiento que despues desto fiziesse, non valdria; nin fincaria por ello obligado, si non en la manera que diximos en la ley ante desta, del pupillo. Otrosi dezimos, que si acaesciesse, que alguno que fuesse mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, que non ouiesse guardador, fiziesse prometimiento, para obligarse a otro en alguna manera, que vale el prometimiento. Mas si se sintiesse engañado, o que lo fizo a su daño, puede pedir al Juez del logar en manera de restitucion, que le desobligue de aquel prometimiento, e que le torne en el estado en que era ante que lo fiziesse. E si el Juez fallare esto en verdad, que es menor de veynte e cinco años, e que

el prometimiento fué fecho á su daño, deuelo desfazer, mandando que aquella obligacion non vala.

COMENTARIO.—*Consideraciones generales.*—Hase puesto tacha por algunos al Código, porque siendo precisa condición para la tutela la formación del consejo de familia, no se ha seguido el mismo orden del tiempo en la exposición de las doctrinas, tratando primero del consejo y después de la tutela.

No nos parece que esto sea defecto, sino antes bien creemos que los redactores del Código han procedido con mucho acierto, comenzando la exposición por la tutela propiamente dicha, toda vez que el consejo con relación á ésta no viene á ser más que una institución complementaria, y la verdadera guardaduría, la función tutelar que suple la incapacidad del menor, debe ir, como lo principal que es, en primer término.

Siempre ha sido sumamente difícil y escollo en que han tropezado los legisladores, la definición de las diversas instituciones jurídicas. La dificultad estriba en que la institución suele ser varia y el definir supone la concentración de la variedad en la unidad.

De aquí que en todos tiempos se ha rehuído pasar por esta especie de piedra de toque, donde se prueba el temple jurídico.

Los romanos, tan prácticos en el Derecho, fueron malos definidores, y porque comprendieron lo insuperable de la dificultad, se mostraron parcos en dibujar con la palabra el concepto, que al cabo esto es definir.

Ellos, sin embargo, definieron la tutela y expresaron la causa de la curatela.

Quién de cuantos cultivan la ciencia augusta del Derecho no recuerda aquellos tiempos de estudiante en los que repetía en las aulas la definición de Servio *jus ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit jure civili data ac permissa* (1).

El Fuero Juzgo expresó la razón de la tutela, y las leyes de

(1) Inst. Ley 1.ª, tít. XIII, libro primero.
Dig. Ley 1.ª, tít. I, libro veintiséis, *vis ac potestas in cāpite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

Partidas, que pueden consultarse en los *Precedentes legales* de este artículo, manifestaron el significado de la tutela y el de la curatela, expresando la primera que quiere dezir en latín, como guarda, en romanze, que es dada é otorgada al huérfano libre, menor de catorze años, é la huérfana menor de doze, que non se puede nin sabe amparar.

Los Códigos modernos han seguido distinto camino.

El Código civil francés no la define, siquiera en el art. 450 dé los elementos para la definición.

El italiano dice que tiene lugar si los padres han muerto, han sido declarados ausentes ó han incurrido por efecto de sentencia judicial en la pérdida de la patria potestad, y en el art. 277 recoge la doctrina del art. 450 citado del Código civil francés.

El que ha arrostrado por el peligro de la definición ha sido el Código de Guatemala. Éste dice: «Se llama tutela el cargo que ejerce una persona para cuidar de un menor y de sus intereses.» Añade además: «La tutela es un *cargo público,* á cuyo desempeño están llamados todos los ciudadanos.»

Ya hemos dicho en otro lugar que nuestro Código, siguiendo el ejemplo del mejicano, en su art. 430, se ha contentado con expresar el objeto de la tutela. Pero como la definición de una institución de Derecho debe expresar su naturaleza y su objeto, tenemos que reconocer que el Código civil español ha definido á medias la tutela, puesto que no ha consignado cuál es su naturaleza.

Bien se ve que con ello ha esquivado la dificultad y no ha mostrado su criterio respecto á si la tutela es por su naturaleza un cargo público ó privado; público, como sostiene el Código guatemalteco y sostuvo en sus días Pothier; privado, como dice Laurent.

Pero es que ni siquiera ha expresado que sea un cargo, ya público, ya privado, que esto último no afectaba á la esencia de una correcta definición.

Según hemos expresado, redúcese á decir en el artículo que tratamos lo siguiente: «La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.»

Análisis de la definición. — Observamos en esta definición una

dualidad de concepto, si bien hay unidad en la institución. Por efecto de esa dualidad, se encuentran elementos que podemos llamar comunes y otros propios y característicos de cada uno de esos dos aspectos que la tutela presenta.

Son elementos comunes: 1.º, el no hallarse bajo la patria potestad; 2.º, la incapacidad para gobernarse por sí mismo. Son elementos característicos de cada caso: en el uno, la guarda de la persona y bienes; en el otro, la de los bienes solamente.

Analicemos ahora los términos ya descompuestos de la definición que precede, y digamos antes, que estudiada gramatical y lógicamente, no nos parecen muy adecuadas las palabras que el legislador emplea, porque no envuelven la totalidad del concepto, y si bien aquí podríamos repetir con Laserna que se necesitaría un poder casi celestial para redactar una ley de modo que fuera comprendida por todos de igual manera que el legislador la concibió, hay también que reconocer que en esta ocasión el poder del legislador ha quedado muy por bajo del poder semiceleste.

Empiézase por decir que la tutela tiene por objeto *la guarda*. Guarda y tutela tienen tales conexiones, que basta para penetrarse de ello fijarse en el hecho de que todos los tratadistas y expositores de nuestro Derecho civil han empleado constantemente como sinónimas para designar la institución de que nos ocupamos, y si cabe, ampliando más su concepto, las palabras tutela y guardaduría. Mejor diremos. La voz guardaduría se ha venido usando como genérica y comprensiva de la tutela y de la curatela. Hoy que ha desaparecido esa distinción entre uno y otro cargo por la refundición en uno solo, el de tutor, evidente es que la analogía se ha estrechado y que el concepto genérico que expresaba la palabra guardaduría ha venido á ser reemplazado por el concepto sinónimo.

Así, pues, decir que la tutela tiene por objeto la guarda, es como si dijéramos que la tutela tiene por objeto la tutela ó que la guardaduría tiene por objeto la guarda.

He aquí el primer vicio gramatical que repercute en el vicio lógico de emplear el definido en la definición.

Bien sabemos que cabe argüir que ninguna palabra más amplia y más á propósito que la empleada, y todo ello fuera muy bueno si esa indeterminación favoreciera; pero antes bien, daña.

Tampoco nos agrada esta otra frase, *incapaces de gobernarse*

por sí mismos. Y no nos agrada, porque entraña una vaguedad grandísima. Si la palabra *incapaces* no se aisla y considera en cuanto vale y significa, cualquiera no muy versado en la ciencia del Derecho podrá creer, seguramente con mucho fundamento, que la senectud, la parálisis y la ceguera, etc., son, por su propia naturaleza y atendida la redacción del art. 199 del Código, causas de tutela. Porque, en efecto, ¿quiénes más incapaces de gobernarse por sí mismos que un anciano, un paralítico, un ciego?

Y sin embargo, ni el anciano ni el paralítico ni el ciego están sujetos á la guardaduría. Por otra parte, la voz *gobernarse* resulta impropia de un Código.

Entremos ya en el análisis.

Hemos dicho que el primero de los elementos comunes que entran en la definición como indispensable requisito para la tutela es el de no hallarse bajo la patria potestad. De aquí se sigue que tanto los menores que hubieren perdido padre y madre, como el menor sometido á la potestad de esta última si contrajere segundas nupcias, como los mayores que tuviesen restringida su personalidad jurídica por alguna de las causas que expresa el art. 32 del Código civil y recoge el 200, están sujetos á la tutela.

Síguese también que los menores cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad por sentencia firme dictada en causa criminal en la que se les imponga dicha privación, ó en pleito de divorcio, así como cuando la patria potestad estuviese en suspenso por incapacidad ó ausencia del padre ó madre, declaradas judicialmente, ó por interdicción civil de los mismos, ó suspendida por declaración de los Tribunales de justicia en atención á los malos tratamientos ó ejemplos y consejos corruptores, en todos estos casos será necesaria la tutela, porque en todos ellos la patria potestad se ha extinguido ó está en suspenso, y el Código civil en el artículo que comentamos no distingue entre suspensión y acabamiento; antes al contrario, su espíritu y su letra son amplios, y, en nuestro sentir, las palabras *No estando bajo la patria potestad*, envuelven la anchurosa interpretación que les hemos dado.

Decimos que el segundo elemento común es el de la incapacidad para gobernarse por sí mismos.

Prescindiendo de la incorrección que ya hemos notado, dos

clases de incapacidad pueden distinguirse: una natural, otra legal; la primera, como su nombre indica, proveniente de la naturaleza, en cuanto la acción de ésta se traduzca en el sujeto por defecto, menoscabo ó atrofia de la determinación voluntaria, bien dimane de la falta de desarrollo corporal coetáneo del intelectual, bien sea su origen enfermedad del órgano pensante en cualquiera de las manifestaciones que revela la voz demencia, empleada con muy buen acuerdo por el Código civil.

La segunda, que hemos denominado legal, producida por declaraciones firmes de los Tribunales de justicia; así, v. gr., la prodigalidad, cuya declaración deberá obtenerse en juicio contradictorio, á tenor del art. 221 del Código; la pena de interdicción civil que acompaña á las gravísimas de cadena perpetua y temporal, toda vez que, según expresa el art. 43 del Código penal, lleva consigo la privación al penado de sus derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia; de la autoridad marital, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de éstos por actos entre vivos.

Veamos ahora los elementos propios de cada uno de los dos casos que comprende la definición, si puede llamarse tal, contenida en el art. 199. Dice éste que la tutela tiene por objeto «*la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes,*» de donde se deduce que hay unos casos en los cuales la misión del tutor es relativa á la persona y bienes, y otros en que se circunscribe á estos últimos.

Primer caso.—Tratándose de menores, claro es que el cuidado de la persona constituye uno de los principales deberes del tutor. Basta para penetrarse de ello leer el art. 264 en su párrafo primero, allí donde se dice que el tutor está obligado á alimentar y educar al menor con arreglo á su condición y estricto ajustamiento á las disposiciones de sus padres, ó á las que en defecto de éstos hubiese adoptado el consejo de familia, y armonizarlo con el 269, que concede facultad al tutor, de acuerdo con el consejo, para imponer correctivos moderados al pupilo y aun para conseguir la retención en esos establecimientos de corrección de jóvenes que todavía, á pesar de la ley de 4 de Enero de 1883 (véase tomo III), permanecen en la categoría de proyecto, imposibilitando el cumplimiento del Código en este particular, porque no habrá padre ni tutor tan duro de corazón que lleve á sus hijos

ó pupilos, por muy viciosos que éstos se muestren, á los establecimientos carcelarios actuales, faltos en absoluto de los elementos que se requieren para enderezar los torcidos pasos de los jóvenes desconocedores de la autoridad de sus padres ó de su tutor.

Algo se ha conseguido con la Real orden de 12 de Marzo de 1891, que nuestros lectores pueden consultar en el primer tomo Apéndice de esta obra; pero dicha disposición aplica un remedio pasajero á una necesidad hondamente sentida en nuestro país.

Todo esto refluye en el cuidado personal, de la propia suerte que la obligación impuesta á todo tutor de dar al menor confiado á su guarda una carrera ú oficio que en lo porvenir le suministre por su honrado trabajo los medios necesarios para la subsistencia. Aun este cuidado personal tiene todavía otra fase, á saber, la representación en todos los actos civiles que el menor no pueda ejercitar por sí mismo.

Este cuidado de la persona lo expresó categóricamente el Código de Partidas en aquella hermosa ley 16 del tít. XVI de la Partida 6.ª, que dice: «Trabajar se deue el guardador de fazer al moço que touiere en guarda que aprenda buenas maneras, e desí deuele fazer aprender leer é escrivir, é despues desto deuel poner que aprenda é use aquel menester que mas le conuiniere segun su natura é la riqueza é el poder que ouiere...»

Pero el cuidado de la persona no se limita sólo á los que están en tutela por su minoridad; se extiende también á aquellos otros seres desgraciados cuyas facultades intelectuales, si bien es verdad que no están en la infancia, funcionan anormalmente, debido á los efectos enervadores de la enfermedad. Nos referimos á los locos y dementes que necesitan mucho mayor cuidado personal que los infantes, porque al cabo en éstos las facultades mentales funcionan con regularidad y en la medida de su desarrollo. Por esta razón el Código civil impone á los tutores que tienen bajo su cuidado á un demente el deber de procurar por todos los medios compatibles con la fortuna del privado de razón, que éste recobre la facultad por excelencia, la luz del pensamiento, bien recluyéndole en un manicomio, bajo la dirección de competentes frenópatas, ó si no fuere furioso, vigilándole en su domicilio, y procurando siempre, como dice el art. 264 del Código, que recobre su capacidad.

Este deber del cuidado personal es extensivo á los sordomudos en la proporción que requiera la mayor ó menor educación especial que posean para comunicarse con sus semejantes.

Baja este deber considerablemente, tocante á los penados, con la interdicción civil. Esta pena se impone como accesoria de otras gravísimas, y el penado que arrastra una cadena no necesita para nada las atenciones y cuidados del tutor; primero, porque sus facultades mentales están en la plenitud; segundo, porque derivando la incapacidad, del delito, es la pena la que corrige los extravíos y la que desempeña la función tutelar, por lo que respecta á la inclinación torcida, y el presidio por lo que concierne al cuidado del cuerpo.

Así, pues, la misión del tutor se reduce á representar al interdicto en juicio, aspecto éste del cuidado personal, según hemos dejado establecido.

En todos estos casos, al cuidado de la persona en cualquiera de sus fases acompaña el cuidado de los intereses, la guarda de los bienes, según dice el Código, que continuará ínterin dure la incapacidad. Así, pues, no tiene ya fundamento ninguno aquella antigua distinción que nuestras leyes establecieron, y consignaron en sus libros los tratadistas, de que la tutela se refiere principalmente á las personas y secundariamente á los bienes, y á la inversa, la curatela, principalmente á los bienes y secundariamente á las personas. Habiendo desaparecido la división de la guardaduría, hoy no puede prevalecer la referida distinción, que ya combatió por extravagante el jurisconsulto Gutiérrez.

El cuidado personal y el de los intereses caminan de consuno, y su intensidad debe correr parejas en armonía con la necesidad, pero sin predominio de una obligación sobre la otra. Y así habrá de suceder, bien se trate de la tutela de los menores, ó de los locos ó sordomudos, ó de la de los que sufren la pena de interdicción civil.

Decíamos en uno de los párrafos precedentes que dentro de la definición que analizamos hallábamos elementos característicos de dos casos diversos de tutela: uno comprensivo del cuidado de la persona y bienes del menor ó incapaz; otro, de los bienes de este último.

Segundo caso.—Sólo uno presenta el Código en el que la función tutelar queda circunscrita á la administración de los bienes,

y este es el caso del pródigo. Y porque no cupiese la más pequeña duda, el art. 224 ha consignado un principio concluyente, es á saber: el de que la declaración de prodigalidad no atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

Discutida como un estado patológico y manteniendo afinidad con las enfermedades de la mente, la prodigalidad no afecta á todas las relaciones de la vida intelectual, no destruye la independencia del hombre, por cuanto no atrofia la libre determinación; lesiona sólo una esfera del orden necesario, pero por modo indirecto, si cabe la frase, puesto que el pródigo no ataca á su cuerpo como lo hace, v. gr., el furioso, sino que disipa y destruye los elementos que son indispensables para la subsistencia de aquél.

Los autores de las leyes de Partida, que comprendieron perfectamente la naturaleza de la prodigalidad, dijeron: «Pródigus tanto quier dezir en romance como desgastador de sus bienes.»

Si, pues, sólo al orden económico se contrae el vicio del pródigo, sólo á dicho orden han de circunscribirse las facultades del tutor.

Por eso dice el Código que el tutor administrará. De esta suerte se confirma, por lo que atañe á este caso, el principio de que la tutela tiene por objeto suplir ó complementar una capacidad jurídica restringida.

Queda, pues, analizada la definición, y con ello formado el núcleo de los sucesivos comentarios, puesto que habremos de recurrir al trabajo realizado que comprende la tutela en su variedad, luego que vayamos avanzando en nuestra penosa labor.

Nuestra definición.—Al censurar la idea que de la tutela da el Código, ya que no se ha aventurado á producir una definición completa de la misma, expusimos, de pasada y sin recalcar, los elementos que, debidamente coordinados, conducen á una definición que presentamos con temor, persuadidos de la dificultad insuperable de definir bien, y sobre todo, del convencimiento de nuestra poquedad.

Valga por lo que valiere, nuestra definición es la siguiente:

La tutela es un cargo que se confiere á un individuo en la plenitud de sus derechos para el cuidado y representación de la persona y la administración de los bienes, ó solamente esta últi-

ma, de los que no estando bajo la patria potestad tienen restringida su personalidad jurídica.

Varias definiciones se han dado de la tutela.

Laurent y Duranton la definen diciendo que es un cargo civil deferido á una persona por la ley, en virtud de sus disposiciones para administrar gratuítamente la persona y los bienes de un menor.

Crescencio afirma que consiste en una relación entre dos personas, en cuya virtud una de ellas debe regular y suplir la imperfecta personalidad de la otra, incapaz por su propia cualidad personal.

Retrayéndonos á nuestra definición, diremos que al manifestar que la tutela es un cargo, expresamos cuál es la naturaleza de la institución de que se trata; cargo que sólo puede ejercerse en la plenitud de los derechos.

Sustituímos la palabra guarda, que nos parece redundante y vaga tratándose de la persona é impropia con relación á los bienes, con aquella otra más significativa, cuidado, y se especifica la representación como una de las fases de la solicitud personal y como uno de los deberes peculiares del tutor.

También hemos modificado, por lo que concierne á los bienes del pupilo, la palabra guarda con esta otra, administración, puesto que al cabo el tutor debe limitarse á administrar los bienes del confiado á su cuidado con la diligencia y solicitud de un buen padre de familia. Tanto más propia resulta la palabra empleada, cuanto que á mayor abundamiento el art. 264, en su número cuarto, entre las obligaciones del tutor establece la de administrar el caudal de los menores con el esmero del buen padre.

Finalmente, desechamos por confusa aquella frase «incapaces de gobernarse por sí mismos», y la reemplazamos con esta otra, de mayor sabor científico, y sobre todo de mucha mayor propiedad, «tienen restringida su personalidad jurídica.» Bien notamos la confusión entre personalidad y capacidad de derecho en que el Código ha incurrido; pero, salva la advertencia, recogemos la doctrina, y mostrando mayor firmeza y persuasión que el cuerpo legal que estudiamos y menos olvido y volubilidad, recordamos que en el art. 32 se lee: «La menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil (cau-

sas, como el lector verá, todas ellas de tutela), no son más que restricciones de la personalidad jurídica.»

¿Por qué, pues, desertar de este terreno y no recoger la doctrina al definir la tutela? Inconsecuencias sin disculpa que revelan una precipitación ó un descuido censurable.

Si la tutela se da para *suplir* la personalidad, porque ésta se encuentra restringida, y se ha dicho por el mismo Código que la menor edad, demencia, sordomudez, prodigalidad é interdicción no son más que restricciones de la personalidad jurídica, ¿qué motivo oculto, que no descubrimos por mucho que pensamos, han tenido los redactores del cuerpo legal primero de la Nación para sustituir una frase correcta y técnica en el Derecho, con otra vaga y propensa á interpretaciones dudosas? No será por el prurito de imitación del Código mejicano. Y sin embargo, la causa no ha sido otra sino la de haber copiado á dicho Código.

Quiénes están sujetos á la tutela.

1.° *Los menores de edad no emancipados legalmente.*—El artículo siguiente, ó sea el 200, no es más que el desarrollo del 199. Expresa éste el objeto de la tutela, y no quedaría el concepto completo si no viniese otro artículo á manifestar qué personas son las que necesitan del auxilio de otras capaces, y en su consecuencia, quiénes están sujetos á tutela.

El art. 200 coloca en primer lugar á los menores de edad no emancipados legalmente. ¿Qué quiere esto decir? Nuestro criterio ya lo hemos expuesto. Entendemos que el Código lo que quiere expresar es que están sujetos á tutela los menores de edad huérfanos de padre y madre. Nos explicaremos. Cuando el Código sustenta que los menores no emancipados legalmente están sujetos á tutela, sin excepción de ninguna clase, derívase de una manera inconcusa que los emancipados legalmente tienen su capacidad plena, por cuanto no están sujetos á tutela. Ahora bien: ¿qué debe entenderse por «emancipados legalmente?» Una sencilla excursión por el Derecho antiguo nos conducirá á términos hábiles de explicación, porque los recuerdos que aportemos nos darán la clave que buscamos.

Hacemos caso omiso de las emancipaciones en el Derecho romano y de sus varias clases en el transcurso del tiempo, la Antigua, la Anastasiana, la Justinianea y la establecida por el Emperador León. Nos circunscribimos á nuestro Derecho, donde

hallamos las tres clases de voluntaria, forzosa y legal. Subsiste la primera, recogida por el Código, en el título que de la emancipación se ocupa. En cierto modo subsiste también la segunda, en el cap. IV del tít. VII, por cuanto pueden los padres ser privados de la patria potestad, en atención á las graves causas que ya mencionaron las leyes de Partida. Ahora bien: la emancipación legal á que el Código se refiere ¿es la misma de los tratadistas y expositores de nuestro antiguo Derecho? Ya sabemos que se ha denominado legal á la emancipación producida por el matrimonio, á tenor de la ley 47 de Toro, que dice: *El hijo ó hija, casado y velado, sea avido por emancipado en todas las cosas para siempre.* Escriche dice que esta emancipación no puede llamarse tal, sino en un sentido impropio, pero sea de ello lo que quiera, es lo cierto que pues por ley y no por voluntad de los padres, queda el hijo de pleno derecho emancipado, emancipación legal hay que llamarla, ó tácita, como enunciaron otros autores. El Código, armonizando la doctrina de la ley de Toro con los preceptos justísimos de la ley de Matrimonio civil, ha consignado en el art. 315 que el matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero del 50. He aquí, pues, un caso de emancipación legal. Hoy, bajo el imperio del Código, como ayer bajo el señorío de la legislación patrimonial, el matrimonio se estima causa legal de emancipación. ¿Se referirá el art. 200, que es objeto de nuestro estudio, á los emancipados por causa de matrimonio? Entendemos que no, y el fundamento de nuestra opinión es bien sencillo. Si, como hemos visto, la emancipación no es óbice á la restricción que impone el art. 59, resultará que en defecto de padre y madre, vendrá un tutor á suplir la capacidad del menor y á representarle en todos los actos civiles que no pueda ejercitar por sí mismo. Mucho más, cuando el principio general de Derecho que consagra el art. 317, es el de que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuere mayor, pero sin poder, hasta llegar á la mayor edad, tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor.

Es, pues, evidente que aunque el matrimonio produce la emancipación legal de los cónyuges, no se refiere á este caso el

párrafo primero del art. 200, puesto que á pesar de estar éstos emancipados legalmente, siguen sujetos á tutela, aunque las facultades del tutor se restringen en relación con los actos que la ley prohibe al menor, y respecto de los cuales no tiene plena capacidad jurídica.

Pero si el matrimonio produce de derecho la emancipación, también la produce la mayor edad. Hasta la promulgación del Código, y á contar de la ley de Matrimonio civil, los veinticinco años, y de entonces acá los veintitrés, se estiman como el límite de la dependencia paternal. Aquellos resabios de la legislación romana mantenidos por la nuestra, según la cual el hijo permanecía bajo la potestad de su padre, ínterin continuase en soltería si no lograba quebrantar el yugo por dignidad de empleo ú ordenación religiosa, sucumbieron afortunadamente, no pudiendo resistir el embate de la crítica moderna, cuya tendencia, manifiesta ya cuando la discusión del Código civil francés, y sostenida con posterioridad valientemente por Laurent, vino por lo que hace á nuestra patria á encarnar en el art. 64 de la ley de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870, por el cual se reputa emancipado de derecho el hijo legítimo desde que hubiese entrado en la mayor edad.

El Código civil, art. 314, dice: «La emancipación tiene lugar... 2.º, por la mayor edad;» y en el art. 320, segundo párrafo, se lee: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por el Código.»

He aquí, pues, otro caso de emancipación legal.

Según nuestro criterio, á éste se ha referido el art. 200 del Código al expresar que están sujetos á tutela los no emancipados legalmente, porque, en efecto, sólo los emancipados por la mayoría de edad están exentos de la susodicha dependencia, toda vez que únicamente ellos tienen plena capacidad jurídica para todos los actos de la vida civil, y aun hay sus excepciones, como, v. gr., la facultad de adoptar, que no se adquiere hasta los cuarenta y cinco años.

Aunque hay un principio de Derecho que dice que allí donde la ley no distingue, no debemos distinguir, *Ubi lex non distinguit nec nos distingueri debemus*, este principio no podría argüir su validez en el caso de que se trata. Es cierto que la ley no men-

ciona con sus nombres genéricos las dos clases de emancipación que admite, voluntaria y legal, pero no lo es menos que habiendo hablado de emancipados legalmente, es decir, por ley, se imponía la distinción entre aquella emancipación que se efectúa por el consentimiento de los padres, voluntaria; y aquella otra que tiene lugar por ministerio de la ley, legal.

El Código, al hablar en términos generales en el art. 200 de emancipados legalmente, ha incurrido en confusión, porque la emancipación por matrimonio es legal, y esto no obstante, hemos visto que para ciertos actos, quizá los de mayor transcendencia en la vida económica de los cónyuges, subsiste la tutela en defecto de padre ó madre.

Tampoco adquiere plena capacidad de derecho el emancipado por concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad, ni el menor que hubiere obtenido la habilitación de edad, porque en ambos casos subsisten las restricciones que impone el art. 317 del Código.

De suerte que, en último término, la emancipación legal de que habla el Código se contrae á la mayor edad, y en este sentido debemos entender el caso primero del art. 200.

Pasemos á otro extremo, que habrá de ser tratado con toda sencillez.

Eslabonando el art. 199 con el 200, resulta este precepto categórico, imposible de desconocer. Están sujetos á tutela: los menores no emancipados legalmente que no se hallen bajo la patria potestad.

Una variedad grande de casos comprende esta deducción. Para mayor orden, los clasificaremos atendiendo á la causa originaria de la tutela, que puede consistir en pérdida ó suspensión de la patria potestad.

El distinguido expositor de nuestro Derecho civil, Viso, dice que la patria potestad se pierde cuando la ley, por motivos en que aparece culpabilidad de parte del padre, ó de la madre en su caso, en el cumplimiento de sus deberes para con el hijo, dispone que queden privados de la patria potestad. Se suspende cuando por razón de alguna incapacidad no la pueda el padre ó madre ejercer, ó por haber sido sentenciado á una pena que lleve consigo la de suspensión de este derecho.

Prescindimos de las causas de acabamiento de la patria po-

testad, porque de las tres que el Código señala, muerte, emancipación y adopción, es sabido que acaeciendo la primera durante la minoridad del hijo, entrará éste en tutela plena si no estuviere emancipado, restringida, caso de estarlo; y nada decimos por ahora de la adopción, porque si ésta extingue la potestad natural, crea otra legal.

El primer caso de pérdida de la patria potestad, no por culpabilidad de la madre, en rigor, sino por el supuesto de que la condición de los hijos se rebaja, y pudiera afectar á los bienes, en perjuicio de aquéllos, un cariño más intenso por lo mismo que es más reciente, es el de que la madre que ejerza la patria potestad contraiga segundas nupcias. El art. 168 (véase tomo III, *Comentario*) dice terminantemente que «la madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, salvo que el marido difunto hubiese ordenado en su testamento que en tal caso conservase su esposa la patria potestad sobre sus hijos.» Suponemos que nada se ha previsto por el finado. ¿Estarán los hijos sujetos á tutela? Según nuestro sentir, indiscutiblemente.

Vendrán, en su consecuencia, los abuelos al ejercicio de la tutela legítima, y si no existiesen, se les proveerá de un tutor dativo.

El Código civil sujeta á tutela al menor no sometido á la patria potestad, y debemos fijarnos que, ora se trate de suspensión, de privación ó de acabamiento, el referido cuerpo legal no distingue, y comprende todas estas causas dentro de un capítulo que titula «De los modos de *acabarse* la patria potestad.» Existe, además, una consideración capitalísima. ¿Puede suponerse un sujeto de derecho sin capacidad, ya sea propia, ya suplida, para el ejercicio de los actos de la vida civil? Claro es que no. Pues este caso se daría si no se proveyese de tutor al menor que se halla fuera del poderío paterno.

También establece el Código en el art. 169 que el padre, y en su caso la madre, perderán la patria potestad cuando por sentencia firme en causa criminal se les imponga como pena la privación de dicha potestad, y cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare.

El poder no se confiere al padre para ser tirano de sus hijos. Aquella abominable teoría de que porque el padre lo engendró es propiedad del padre, cayó para siempre. Dos cosas de idéntica

naturaleza no se poseen una á la otra; por eso, reconocida la naturaleza esencial á todos los humanos, se extinguió lentamente el dominio del hombre por el hombre. Hoy el padre posee á su hijo por el amor, y muestra este amor en la educación que le suministra. El hijo, en cambio, rinde el tributo de su veneración obedeciendo al sér que le es superior, y en esta firme base de afectos puros y cariñosos sin fingimientos, se asienta la patria potestad. Cuando el cariño se bastardea, cuando los afectos se contaminan con la impureza y les sustituye un bárbaro egoísmo y una imperdonable omisión de los más sagrados deberes, los Tribunales de justicia, reparadores del orden social perturbado, pueden arrancar lo que ya no era patria potestad, sino patria tiranía, y en estos casos vendrá un tutor á reemplazar á los padres que no supieran serlo.

Lo mismo decimos si se tratase de sentencia firme pronunciada en pleito de divorcio, en los casos á que se refiere el segundo párrafo del art. 74 del Código. ¿Cómo es posible que estén los hijos en la tenencia del adúltero?

Todavía hallamos otra causa de privación ó pérdida de la patria potestad, que reconoce por origen el desconocimiento por parte de los padres de sus deberes morales y de humanidad para con sus hijos; es á saber, cuando los trataren con dureza excesiva ó les diesen órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos es potestativo en los Tribunales privar ó suspender el ejercicio de la patria potestad, pero tanto en uno como en otro caso, se proveerá á los menores de tutor, estando en el ínterin, y esta es regla general, los Jueces municipales del lugar en que residan los sujetos á tutela, encargados del cuidado de la persona y de la custodia de los bienes. Decimos lo mismo que respecto de los casos ya enumerados. Los tutores legítimos vendrán en primer término, y en su defecto un tutor dativo.

Hemos expuesto qué es lo que entendemos con Viso por causas de suspensión.

Cuatro distingue el Código, á saber: incapacidad de los padres; ausencia declarada del padre, y en su caso de la madre; interdicción civil; malos tratamientos ó ejemplos, órdenes y consejos corruptores. Por lo que respecta á la incapacidad de los padres, es indiscutible la tutela de los hijos, porque es incapaz de prestar quien necesita que le presten, y así, no puede el padre

suplir la capacidad restringida de su hijo porque para esto se necesita la plenitud de que carece.

Padre é hijo estarán, pues, bajo tutela. En su oportuno lugar trataremos este punto con la detención que merece.

No necesita explicación el caso de ausencia, porque se comprende á simple vista que el ejercicio de la patria potestad, tanto por lo que respecta á la persona del hijo, como por lo que atañe al cuidado de los bienes, supone la presencia. Cuando se declara la ausencia principia á bosquejarse la presunción de la muerte, y justo es que si ésta lleva consigo la extinción de la patria potestad, lleve su bosquejo la suspensión de la misma. La interdicdición civil no deja ni asomo á la duda, porque en este caso, por excepción, el Código ha sido explícito. Suspendido el ejercicio de la patria potestad por la condena á la interdicción civil, según establece el art. 43 del Código penal, los hijos serán provistos de tutor, cuidando de ellos interinamente el del penado, á tenor del art. 229 del Código civil, que dice: «El tutor del penado está obligado además á cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á la interdición, *hasta que se les provea de otro tutor.*»

Finalmente, ya hemos hablado del último caso, relativo á la sevicia ó ejemplos corruptores, siendo por tanto innecesario repetir lo expuesto.

2.º *Los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir.*—Tratemos primero de la demencia en tesis general, aunque muy brevemente, toda vez que el Código civil emplea la palabra con suma generalidad, abrazando dentro de su concepto casos que habremos de estudiar por separado.

Por de pronto, notamos que el art. 32 menciona la imbecilidad como restricción de la personalidad jurídica, y éste es ya un dato que corrobora nuestra afirmación.

El Código unas veces parece distinguir entre locos y dementes, y otras veces emplea ambas palabras, la una como sinónima ó equivalente de la otra. Prueba de lo primero es el art. 213, que dice: «No se puede nombrar tutor á los *locos*, *dementes* y sordomudos.» De lo segundo, el mismo artículo que comentamos, cuando menciona como sujetos á tutela los locos ó dementes.

Creemos, sin embargo, que distingue entre unos y otros, por-

que de no ser así no hubiera mencionado la demencia como causa de tutela. En la práctica, los dementes se consideran incluídos en la denominación de locos.

La demencia y la locura en el concepto vulgar son términos genéricos que abarcan todas las enajenaciones mentales, caracterizadas por la decadencia de las funciones intelectuales y afectivas, ó, como dice un distinguido médico legista, por la privación completa de la razón y de la conciencia.

Pero si en el concepto vulgar la demencia equivale á perturbación mental, en el concepto médico y para los frenópatas sólo comprende algunas formas de perturbación. La demencia, dice un ilustre médico, no es la enajenación mental, no es tampoco una enfermedad, es un período de determinados procesos psiquiátricos ó una forma de enajenación.

En la división clásica de las formas de enajenación mental, dice el referido autor, en formas por impotencia congénita, como son el idiotismo y la imbecilidad, formas por perversión, como la manía, el delirio parcial ó la monomanía, la melancolía y la lipemanía, y en formas por impotencia adquirida, estas últimas son genéricamente comprendidas en el término de demencia.

Añade luego: «Estas formas rara vez son primitivas, sino consecutivas; así, para llegar á la demencia ha habido que padecer una manía, y refiriéndose á las enfermedades mentales, ó especies nosológicas de este orden, para llegar á la demencia hay que haber recorrido otras especies de enajenación.»

Pero puesto que la demencia en este sentido técnico, bajo el cual la estudiamos, hemos visto que puede reputarse como una forma de enajenación mental caracterizada por una debilitación gradual y progresiva, ó por la abolición de las facultades intelectuales y afectivas, veamos antes los caracteres generales de la alienación, de la locura, propiamente dicha, para venir á tratar después de esos diversos estados morbosos, constitutivos de incapacidad, que se denominan idiotismo, imbecilidad, demencia senil, etc., porque todos ellos son causas determinantes de tutela.

De la locura.—Corrolly considera la locura como el desorden de las facultades de comparación y del juicio.

Mare como una pérdida de la facultad volitiva; de suerte que, desde este punto de vista, los actos de los alienados son involuntarios y dependientes de impulsiones imposibles de contrarrestar.

Taylor juzga incompletas estas definiciones, porque, según su opinión, lo más frecuente es que las facultades y sensaciones morales sean particularmente afectadas ó destruídas en todas las variedades y en todos los grados.

Tardieu, en su estudio sobre la locura, traza de mano maestra los caracteres genuinos que se ofrecen en el individuo atacado de enajenación.

A tres los reduce: primero, perturbación de las facultades intelectuales.

Es indudablemente el carácter esencial de la locura. Se distingue por un desorden general y absoluto. La memoria funciona irregularmente y no retiene las ideas en la medida y tiempo que recibió las impresiones; el entendimiento en sus aspectos, atención, juicio, reflexión, camina desordenado y produce con incoherencia y con una movilidad extraordinaria; la conciencia se borra, y extinguida la noción del yo, desaparece el sentimiento de la personalidad; la voluntad pierde su libertad determinativa y las voliciones son sustituídas por movimientos reflejos producidos por una causa externa; las ideas ceden plaza á las alucinaciones, y en definitiva, el hombre cae en la tiniebla de la razón, porque las densas brumas de la locura envuelven la luz que antes le iluminaban.

Es el segundo carácter la perturbación de las facultades afectivas y de los instintos.

Hace notar Tardieu que ya Esquirol había fijado su atención en este carácter esencial de la locura.

El desorden de las facultades afectivas se traduce por una perversión moral extraordinaria; los más puros afectos, el cariño más delicado, los sentimientos más respetables se amenguan ó extinguen; á veces los instintos naturales, tales como el sentimiento de la propia conservación, aparecen pervertidos, y el loco ya se muestra indiferente con aquellos seres más queridos en otro tiempo, ora se complace en el daño de su semejante, ora él mismo busca el dolor, tan sólo por la perversión del instinto.

Finalmente, el tercer carácter de la locura es la perturbación de las funciones sensoriales. Expresa Tardieu que constituye uno de los elementos más singulares de la locura; falsas percepciones, alucinaciones que radican en todos los sentidos, producen una sensación, falsa, si vale la frase, pero que reobrando en las fa-

cultades alteradas del enajenado y provocando un estado de conciencia que tiene como causa una percepción extraviada, es el origen de esas extravagancias características de la locura.

Si la perturbación sensorial es del sentido del gusto, v. gr., suele producirse en el enfermo la constante preocupación de que tratan de envenenarle; si es de la vista, la de la aparición de geniecillos y fantasmas, que ya atormentan al enajenado, ó provocan sensaciones deleitosas que le llevan á extravíos peligrosos.

Hé aquí los caracteres propios de la locura, prescindiendo del examen físico, por no ser éste oportuno lugar.

Compréndese con solo la lectura de los párrafos precedentes que un ser en las condiciones dichas es incapaz de mantener relaciones con sus semejantes, porque éstas suponen la normalidad de los sujetos de la relación. Falto el hombre de la libertad, para determinarse, podrá ser sujeto de aquellos derechos que se produzcan en atención á su existencia personal y á ser miembro del Estado; pero es incapaz de obligaciones, por cuanto éstas han de producirse en un orden libre, y la falta de libertad para determinarse es precisamente la nota dominante del estado de enajenación mental.

Algunos autores, y entre otros Richard, admiten un género de locura llamado afectiva *mania sine delirio*, que se caracteriza simplemente por un estado pervertido ó desordenado de las sensaciones, de las pasiones y de las emociones, independientemente de toda observación intelectual aparente.

Mayo niega la existencia de esta locura afectiva, y no la admite como causa de irresponsabilidad de los actos civiles.

Mas la locura tiene, digámoslo así, su período de iniciación, y si conveniente es conocer los caracteres de una afección mental, ya declarada, no es menos útil exponer el cuadro sintomático de la locura inicial.

Téngase en cuenta que el art. 215 del Código civil, en los expedientes sobre declaración de locura y sordomudez, impone á los Tribunales la obligación de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz.

Taylor manifiesta que los síntomas por los cuales la locura se inicia, están sujetos á muchas variantes.

Los observados más frecuentemente son una gran irritabilidad por los más fútiles motivos; mostrar gran impaciencia ante

pequeñas contradicciones; dificultad notoria para concentrar la atención y convertir el espíritu hacia una determinada serie de ideas; locuacidad; somnolencia; depresión del espíritu sin causa razonable; negligencia en las ocupaciones corrientes; propensión al retraimiento; dudas sobre la identidad de las personas, y frecuentemente alucinaciones é ilusiones.

Es nota muy característica en este estado precursor la inexistencia de la idea fija.

Cuatro clases de locura admiten por lo general los médicos legistas: 1.ª, la manía; 2.ª, la monomanía; 3.ª, la demencia, y 4.ª, la amencia (idiotismo).

a) *De la manía.*—Se distingue por una perversión general de las facultades mentales, acompañada de una excitación más ó menos grave, pero que en ocasiones alcanza hasta al furor violento. Las ideas, dice Taylor, flotan en el espíritu sin orden ni lugar, y la irritabilidad es extremada hasta el punto de no poder soportar la menor contradicción.

b) *De la monomanía.*—Los monomaniacos están saturados de falsas ideas sobre determinados puntos. Parten de equivocados principios y supuestos, pero las consecuencias que obtienen se distinguen por un gran rigor lógico. Hablan y razonan sobre hechos corrientes con tanta corrección como antes de la afección mental. Una nota típica, sin embargo, singulariza á los monomaniacos. La alteración en el carácter y en las costumbres. En dicha nota radica la diferencia entre el monomaniaco y el excéntrico. Éste practica sus excentricidades convencido de que su conducta se aparta de las reglas sociales generalmente aceptadas; el monomaniaco no puede ser convencido de su error, porque piensa que sus actos están acordes con la razón y con las normas corrientes á las que se ajusta la vida de la humanidad.

La monomanía se ofrece bajo dos formas ó aspectos: O los pensamientos del monomaniaco son vivos, francos, placenteros, ó por el contrario, sombríos, tristes, saturados de melancolía. En el primer caso, el sujeto monomaniaco se imagina vivir entre esplendores y grandezas, ser rey ó potentado; en el segundo, el silencio y el aislamiento dominan tiránicamente sobre el espíritu enfermo. Este estado es el conocido con el nombre de lipemanía.

c) *De la demencia.*—La demencia ya hemos dicho que es una

de tantas formas de la locura, y que suele presentar diversas fases constitutivas de estados mentales diferentes.

Tardieu dice que la demencia ora es primitiva y simple, ora secundaria y consecutiva á distintas afecciones cerebrales.

La primera resulta de los progresos de la edad, ya de excesos, fatigas ó miserias, físicas y morales. La segunda depende de afecciones cerebrales distintas.

La demencia es un estado que no se confunde con ningún otro.

Caracterízase la demencia por una decadencia intelectual y moral que conduce á la obliteración de toda afección. La actividad intelectual va disminuyendo hasta llegar á una completa pasividad.

El lenguaje es incoherente, el enfermo habla sin conciencia de la significación de lo que dice; los afectos, extinguiéndose, conducen á que todo sentimiento se borre, y como por desgracia la demencia es incurable, á poco que se prolongue la vida del demente, se llega al aniquilamiento total de todas las facultades.

A veces la demencia llamada simple, que como la denominada consecutiva ha sido admirablemente descrita por Calmeil, produce una debilitación tan extraordinaria de la memoria, que el sujeto que la padece no recuerda ni aquellas palabras que acaba de pronunciar.

Obsérvese, pues, qué diferencia tan notable existe entre la locura y la demencia. El Código civil sin duda mantiene esa diferencia por lo mismo que cita los dos estados mentales como causas de tutela, pero creemos asimismo que con respecto á los demás estados no expresados, tales como la imbecilidad, el idiotismo, la demencia senil, etc., inclúyelos dentro del término genérico demencia, tomando este término en el sentido general de enfermedades de la mente.

Innecesario es decir que la demencia, considerada en su verdadera y técnica significación, es causa de tutela, sobre todo cuando se trate de demencia absoluta, y aun mucho más cuando á la demencia acompañe el delirio y el demente se excite hasta el paroxismo, porque en estos casos de demencia furiosa, es el propio Ministerio fiscal el llamado á pedir la tutela.

d) De la amencia.—No es el idiotismo la demencia, siquiera como enfermedades mentales las abarque el Código en un solo concepto y las signifique con una sola palabra.

Es el idiotismo, un vicio original y congénito que consiste en la ausencia completa ó en la suspensión del desarrollo de las facultades intelectuales y afectivas.

Es el idiota el verdadero paria de la inteligencia, ser venido al mundo; porque parece ley inquebrantable que todos los órdenes, tanto espirituales como materiales, tengan su aberración.

Bástanos este párrafo de Tardieu, que copiamos á la letra, para que se adquiera el convencimiento de la absoluta incapacidad del idiota y de la necesidad de suplirla mediante la tutela. «El idiota es un ser achacoso, herido desde su nacimiento en los orígenes mismos y en los órganos de la inteligencia, forzosa y fatalmente incapaz de un acto pensado, y en su consecuencia completamente irresponsable, absolutamente incurable y apenas educable.»

También la imbecilidad, hermana gemela de la idiocia, se reputa causa de tutela, porque el Código la considera como un estado restrictivo de la personalidad jurídica, según expresa el artículo 32. Consiste en una debilidad innata de las facultades mentales, menos intensa que la que constituye la idiocia, y diferenciándose de ésta en que la imbecilidad presenta grados numerosos y diversos.

Suelen aparecer desarrolladas algunas facultades en perjuicio de otras que permanecen extinguidas, como las del idiota.

El imbécil es incapaz de formar una idea abstracta; su memoria y su juicio son limitados, aunque la primera sea algunas veces muy sólida.

Esta debilitación de facultades, que es la nota característica de la imbecilidad, priva al imbécil, no diremos que en absoluto, de efectuar todos los actos de la vida civil, y se dará el caso de imbéciles que contraten, á veces previendo los riesgos del negocio y salvando los escollos del engaño, pero no será ésta la regla general, porque efecto de la anormalidad cerebral, el peligro es inmediato. La sujestión y la mala fe reinarían en campo libre y con armas desiguales, si el Código no proveyese á la defensa, puesto que en la relación de derecho, de los dos sujetos que intervienen, uno de ellos ostentaría plena sus facultades y plena su capacidad, y el otro extraordinariamente debilitadas y tal vez extinguida en algunas de sus variantes.

Cuando la causa de incapacidad que se alegue sea la imbeci-

lidad, deben los Tribunales proceder con extraordinaria precaución.

La imbecilidad es numerosísima en sus fases y es muy difícil distinguir los grados superiores de la misma de los niveles más bajos de la inteligencia en un espíritu sano. Si los Tribunales no se condujeran con gran escrupulosidad, una mitad del mundo podría fácilmente, como dice Taylor, atribuirse el derecho de considerar á la otra mitad en la categoría de los locos.

Aunque estas ligeras nociones sobre las alteraciones cerebrales, que estimamos útiles, dado el carácter de nuestra obra, pudieran ser objeto de un estudio algo más detallado, preferimos, dada la mucha extensión del actual comentario, terminar esta parte tratando de ese estado de incapacidad que se llama demencia senil.

De la demencia senil.—No hay que confundirla con la senectud. Esta es cierto que produce una debilitación de las facultades mentales; que al cabo los órganos de la razón, siguiendo la ley de la materia, se desgastan con el ejercicio, y mucho más con la acción destructora del tiempo que enerva su actividad.

Pero la senectud ella sola no torna incapaz al sujeto. No podrá tal vez el de provecta edad dirigirse por sí propio, y buscará el apoyo y consejo de alguna persona de su confianza, pero el estado atrófico de la demencia no existe en el anciano en plena salud. La demencia senil representa la decadencia cerebral propia de la edad avanzada, y se caracteriza por su exagerada intensidad, que convierte las ideas hacia la incoherencia, desgasta la atención, oscurece la memoria, excita los apetitos, y, finalmente, despeña al provecto en ese estado de puerilidad que hace del anciano un niño, que ya ríe, ya con amargo llanto pregona, sin darse cuenta de nada, su absoluta incapacidad.

Con cuanto dejamos expuesto compréndese que el Código no desatiende el cuidado de las personas privadas de razón, y que ciñéndose á las severas reglas expositivas de las modernas leyes, restringe las voces, pero abarca dentro de los términos locura y demencia, genéricos en el sentir vulgar, todas las afecciones cerebrales de que hemos tratado.

El Derecho romano no sólo sometía á la curatela al furioso y al pródigo, *sed et mente-captis et surdis et mutis, et qui morbô perpe-*

tuô laborant (1); mas como se suscitara controversia respecto á si en los intervalos de lucidez debiera considerarse como extinguida la curaduría y facultado el loco para ejercitar los actos peculiares de la vida civil, tales como testar, v. gr., vino el Código Justinianeo á dirimir la contienda, estableciendo en la ley 6.ª del tít. LXX, lib. V, que en los intervalos de razón, los que estaban sujetos á curaduría podían obrar por sí mismos, no obstante que ésta continuaba.

Este ligerísimo recuerdo nos conduce como por la mano á proseguir el comentario. Dice el Código que los locos ó dementes permanecerán sujetos á tutela aunque tengan intervalos lúcidos.

Es, si se quiere, la misma doctrina del Derecho civil romano.

De los intervalos lúcidos.—Legalmente considerado, debemos entender por intervalo lúcido una suspensión temporal de la locura. Este estado difiere de la remisión, dice Taylor, porque en este último no hay más que una atenuación de los síntomas.

Desde el punto de vista médico legal, el intervalo lúcido debe ser mirado con desconfianza cuando su duración es muy corta. Obsérvanse muy frecuentemente en la manía y en la monomanía, muy raras veces en la demencia, nunca en el idiotismo y la imbecilidad.

Aunque pudiera creerse que el intervalo lúcido en nada afecta á la capacidad del alienado, no es esto cierto. El Código lo que dice, y en rigor es innecesario detenerse un punto en su consideración, es que á pesar de la lucidez de los intervalos, la tutela continúa; pero sin que por esto se entienda que si el loco recobra momentáneamente la plenitud de sus facultades, se desperdicie tan favorabilísimo momento.

El Código participa de la opinión generalizada de que la curación de la locura es las más de las veces engañosa. Sus redactores recordaron sin duda, á la sazón que escribían el art. 200, aquel hermosísimo cuento cervantino del loco de la casa de Orates de Sevilla, que afirmaba al capellán que le sacaba de la reclusión que si Júpiter no quería llover, él, que era Neptuno, padre y

---

(1) Inst. § 4.°, tít. XXIII, lib. 1.°

Dig. Ley 12, tít. V, lib. XXVI.—*His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit.*

dios de las aguas, llovería todas las veces que se le antojare y fuere menester. En la enunciada opinión, confirmada por la ciencia médica, está inspirado el segundo párrafo del artículo que comentamos. Los intervalos lúcidos, sin embargo, confieren la plenitud de capacidad al loco para disponer de sus bienes por testamento. A este tenor puede examinarse el art. 665, que expresa que siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.

Esta es, pues, la interpretación que debe darse á la frase «aunque tengan intervalos lúcidos».

De la sordomudez.—Menciona el Código también á los sordomudos que no sepan leer y escribir.

Hoffbauer, en su *Tratado de Medicinal legal* relativo á los enajenados y sordomudos, estudia la sordomudez entre los vicios físicos congénitos que combaten directamente la inteligencia.

Tardieu dice que si se la abandonara á sí misma constituiría por sí sola la más evidente incapacidad, en razón de la influencia innegable que la obliteración del oído y de la palabra ejercen sobre el desarrollo del juicio y de la conciencia.

La comunicación del hombre con sus semejantes se realiza por medio de la palabra, que expresa el pensamiento y convierte la idea en sonido, y por virtud del oído, órgano receptor. Cuando los labios se niegan á proferir un sonido articulado, cuando los órganos auditivos no trasmiten al cerebro las ondas sonoras, podrá germinar una idea, pero sus rayos no saldrán al exterior y se apagarán dentro de la caja huesosa que encierra el órgano pensante.

La educación del sordomudo consiste en la sustitución del sentido muerto del oído con el de la vista, y de la facultad de la palabra con el sentido del tacto. Los prodigios que esta educación realiza, pregónanlos las escuelas especiales que todos los días dan muestras de su actividad y progreso.

España puede en este particular galardonarse con la admirable invención pedagógica del arte de enseñar á los sordomu-

dos, imaginada por el benedictino Ponce de León, y escrita por el aragonés Juan Pa o Bonet.

Si la educación se ha logrado; si el sordomudo sabe leer y escribir, su capacidad es plena, siquiera su modo especial de comunicación restrinja aquélla para ciertos actos. Así, v. gr., el sordomudo no podrá otorgar testamento abierto, y su facultad se reducirá al otorgamiento del testamento cerrado de que trata el artículo 709 del Código civil.

Pero si, por el contrario, se trata de un sordomudo abandonado completamente á sí mismo, de tal suerte que no pueda trasmitir sus ideas al exterior, ¿puede darse mayor causa de incapacidad? ¿Qué importa que no se trate de demente ó de idiota si, poseyendo una soberana inteligencia, no puede ésta lucir por falta de medios aptos para ello?

Un sordomudo sin educación para trasmitir su pensamiento en cualquier forma, es, si se nos permite la frase, un autómata de carne y hueso. Su incapacidad es aún mayor, si cabe, que la del infante, y tanta, pór lo menos, como la del demente y la del idiota. Y como á igualdad de hechos, igualdad de derecho, el sordomudo que no sepa leer y escribir estará sometido á tutela ínterin adquiera su capacidad por la educación. La humanidad habrá realizado un gran progreso el día que desaparezca de los Códigos este caso, porque no sea posible hallar un sordomudo que no pueda transmitir sus ideas, debido al abandono de sus conciudadanos, que no cuidaron los pasos primeros de su niñez.

3.° *Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.* La declaración de prodigalidad es otra de las causas restrictivas de la capacidad jurídica que llevan aparejada como necesaria consecuencia la tutela del pródigo.

Considerada la prodigalidad como un estado morboso del sujeto, es digno de ser notado que éste no ataca, como, v. gr., el furioso, su propia persona dé un modo directo; atácala sí indirectamente, destruyendo aquellos elementos indispensables para la subsistencia.

Desde este punto de vista caracterízase la prodigalidad por una debilitación de las facultades intelectuales, pues es evidentísimo que si éstas conservaran toda su energía potencial, la conducta del pródigo no se separaría de esa norma que denominamos racional á que se plega la conducta del hombre en sanidad

de espíritu. Además, nótase también cierta perversión moral que le lleva á desatender el cuidado, no tan sólo de su persona y de su hacienda, sino, lo que es más doloroso, la de sus hijos, quién sabe si en beneficio de otra persona que le subyuga y arrastra al mal, ó retenido por la dominante pasión del juego.

Pero los Códigos europeos, americanos y el nuestro, siguiendo la huella de los más antiguos, miran la prodigalidad más como un vicio que ataca al organismo social por cuanto se opone al bienestar y acrecentamiento de la familia, base de la sociedad, que como un achaque morboso del sujeto que puede ser corregido. La fase social predomina en absoluto sobre la individual, y esto se observa en el desarrollo que dan los Códigos á la prodigalidad.

Dilapida y destruye sus bienes un pródigo. Es solo como los hongos de la tierra; carece de familia, no tiene herederos forzosos. Nada le dirá la ley, y solamente si tratase de donar todos sus bienes reputará la donación inoficiosa si no se reservase lo necesario para vivir; pero entonces hará esto en atención á que las donaciones tienen su límite, no porque sea pródigo el donante.

Dilapida y destruye sus bienes un pródigo. Tiene cónyuge é hijos. Cualquiera de ellos podrá pedir la declaración de prodigalidad, y si fuesen menores, el Ministerio público, á instancia de cualquier pariente de aquéllos ó por sí mismo.

He aquí patente lo que venimos sosteniendo.

Declarada la prodigalidad, entrará en tutela el pródigo, aunque limitada al orden económico y conservando la autoridad marital y paterna y la libertad de su persona. El pródigo, en lo que hace relación á los bienes, es incapaz de dirigirse por sí propio, y precisamente porque no puede, se le arranca de las manos ese derecho eminentísimo de todo ciudadano. El Estado, que respeta la esfera individual, debe no obstante traspasarla cuando se reclama su ayuda por aquellas personas que ostentan la más genuína representación de ese núcleo, pequeña comunidad de afectos é intereses que se denomina familia; pero sólo en el terreno económico, ó sea en aquel lesionado por la conducta del pródigo; porque la acción del Estado debe limitarse á reparar, y si esto ya no es posible, á contener el daño producido.

4.° *Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.*—La

interdicción civil tiene muy definida su condición de causa legal de tutela, siquiera en la causa primaria, valga la expresión, se note el sello de ese mismo estado anormal del sujeto que le ha arrastrado al delito gravísimo que supone una tan severa pena como la de cadena perpetua ó temporal, únicas que llevan consigo la de interdicción civil.

Retiene la cadena al criminal en el presidio, y la ley le retiene aquellos derechos inherentes á la capacidad que le priva de ejercitar, porque supone que el que avanza á grado tan extremo en el crimen ha de ser por fuerza mal ciudadano, mal padre, mal esposo y mal administrador. La familia, ese cerco íntimo dentro del cual se desarrollan las afecciones más dulces que contrapesan las asperezas del batallar constante de la vida, se sostiene por la pureza de los sentimientos, y el que comete un crimen nefando demuestra que no los tiene ó que son feroces y sanguinarios. La ley, al recluirle, desterrándole de la comunicación con la parte sana del cuerpo social, le arrebata, obrando dentro de la más estricta lógica, aquellos derechos que como la patria potestad, el poder marital, la facultad de ser tutor, la disposición de sus bienes, exigen en el hombre las condiciones de rectitud indispensables para el ejercicio de la ciudadanía.

Por eso el condenado á interdicción está sometido á tutela, que se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del interdicto.

Cuestiones legales.

Para terminar la materia propia del artículo, vamos á presentar el siguiente caso:

Cuando en el tomo III de esta obra tratamos de la adopción, planteamos y resolvimos, según nuestro criterio, una porción de cuestiones que, no previstas por la ley, podrán acaso presentarse en la práctica.

La cuestión actual guarda mucha analogía con otra que á la sazón resolvimos.

Unos padres, escasos de recursos, prestan su consentimiento para que sea adoptado un hijo habido de su matrimonio, con la intención, digna de alabanza, de que el adoptante, cumpliendo con la obligación que la ley le impone, por lo que respecta á los alimentos, suministre una carrera al prohijado si los recursos con que cuenta son crecidos.

Antes de llegar el adoptado á la mayor edad, teniendo éste, por ejemplo, catorce años, fallece el adoptante.

Se supone que viven sus padres naturales.

Surge inmediatamente la cuestión siguiente: por el hecho de la muerte del padre adoptante, ¿entrará en tutela el hijo adoptivo, y será éste un nuevo caso que habrá de sumarse con los enunciados en el curso del comentario, ó volverá el hijo adoptivo á la potestad de sus padres naturales?

Nuestra opinión se inclina á la segunda solución.

Notemos que el adoptado conserva todos sus derechos con respecto á su familia natural; así, v. gr., podrá reclamar alimentos si le faltasen, tiene el derecho de heredar á sus padres, etc.

El padre pierde el derecho de patria potestad, según expresa el art. 167 del Código, y en su lugar le adquiere el padre adoptante (art. 154, párrafo segundo).

Ahora bien: la ley dice que están sujetos á tutela los menores no emancipados legalmente. ¿Puede reputarse emancipado el hijo adoptivo menor de edad cuyo padre adoptante fallece, si viven sus padres naturales? En nuestro sentir, no. El Código civil, al tratar de los modos de acabarse la patria potestad, distingue entre adopción y emancipación, y aunque en su efecto se asemejen ambas instituciones, puesto que el resultado que se logra es el mismo, á saber, la salida del poderío paterno, no por eso debe despreciarse la diferencia capital, toda vez que el acabamiento de la potestad por la emancipación produce la plenitud de derechos, salvas ciertas restricciones, y ese acabamiento por la adopción no produce ninguno, porque el adoptado vuelve á entrar en potestad, es á saber, la del adoptante.

En su consecuencia, si la patria potestad se considera extinguida, la tutela del hijo adoptivo es evidente; así á lo menos hay que deducirlo del contexto del art. 199. Como tampoco puede reputársele emancipado, porque para esto es preciso que tenga más de diez y ocho años, á tenor del art. 318, cae de lleno dentro del primer caso del art. 200, puesto que se trata de un menor que no se halla bajo la patria potestad y que no ha sido emancipado legalmente. Así es que, estúdiese el caso bajo cualquier aspecto, la tutela según la ley, se impone, pero también se impone una monstruosidad, cual es la de que, viviendo los padres naturales, que desde el instante que muere el adoptante debieran recobrar

su poder, porque la ley no es bastante fuerte para destruir los lazos de la sangre, sean postergados á un tutor. Y todo esto á trueque de mantener un descuido de los legisladores, que no previeron que el caso podía presentarse y dieron por terminada en absoluto la patria potestad por la adopción, estableciendo un precepto rigorista, no dulcificado por el privilegio de la excepción, que corrobora más que destruye la regla establecida.

De suerte que los que abandonaron á un hijo en el torno de una casa de expósitos podrán, no obstante la adopción por un extraño, recabar su derecho de padres, y los que consintieron en su provecho, y quién sabe si llevando el cariño al límite del sacrificio, éstos no podrán recoger bajo su poder al hijo que queda abandonado por la muerte del adoptante. ¡Qué bien dice Herbert Spencer, que son muy graves los pecados de los legisladores!

Tratando de un caso análogo, en el tomo III escribimos las siguientes palabras, que hoy reproducimos:

«Podrá decirse que lo que se acaba no renace, pero resulta contra moral y contra derecho que en vida del padre que dió en adopción á su hijo, las más de las veces para mejorar su situación, guiado, por lo tanto, por los puros afectos del amor paternal, al contemplarle desamparado por la muerte del adoptante, no recobre sus derechos, no vuelva á recabar su potestad y á ejercitarla sobre la persona y sobre los bienes del sér á quien dió vida.

»También es contra moral y derecho que viviendo el padre se ponga al hijo bajo la guarda de un tutor. ¿Quién cuidará más de aquél? ¿Quién se afanará por conservarle su patrimonio y acrecentarlo, sino el padre á quien sólo le guían sentimientos de dulzura y de acendrado cariño? Siempre, en la pugna de un padre y de un tutor, vencerá el padre. Porque, según el art. 6.º, cuando los cuerpos legales no resuelven el caso, los principios universales del Derecho han de ser la norma para fallar acertadamente.»

Bien á las claras se ve cuál es nuestro criterio, y, á pesar de ceñirse al más puro Derecho, tal vez se imponga el que parece deducirse de la ley, y se contemple el triste y lastimoso caso de un padre privado de la patria potestad, sin culpa alguna para tal castigo, sin que el hijo se encuentre emancipado por la imposibi-

lidad de la emancipación voluntaria antes de los diez y ocho años, y tal vez porque sentimientos generosísimos le llevaron á desprenderse, con dolor, de su poder para gozar con la dicha de contemplar el día de mañana á su descendiente en posición mejor de la que él hubiera podido conferirle.

En nuestro sentir, este caso, resolviéndolo en puridad de Derecho, no ofrece la más pequeña dificultad. Mucho mayor la entraña este otro que vamos á tratar, como por vía de incidencia del anterior:

El padre adoptante, haciendo uso de sus derechos, instituye heredero á su hijo adoptivo ó le deja manda ó legado de importancia, y en atención á lo que preceptúa el art. 207 del Código civil, nombra tutor en su testamento á una persona de su mayor confianza, considerando que puesto que la patria potestad natural se extinguió por la adopción y él goza de potestad sobre su hijo adoptivo, tanto como padre cuanto como testador, está facultado para nombrar tutor testamentario. ¿Prevalecerá este nombramiento, ó volverá el hijo adoptivo, muerto el adoptante, á entrar en poder de su padre natural, como parece lo correcto y lo jurídico? Nuestra opinión inquebrantable es la de que, en efecto, el padre natural recobrará su potestad, y la designación de tutor se tendrá por no hecha.

El Código de Guatemala, que no nos cansaremos de alabar por la previsión que demuestra y el profundo estudio que revela, establece, como el español, que la adopción confiere al adoptante la patria potestad, puesto que la define diciendo que es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. Sanciona asimismo el justo precepto de que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, y finalmente, el art. 281 dice á la letra como sigue: «El hijo adoptivo que estuviere en menor edad á la muerte del adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales.»

Pero este artículo, que copiamos para poner más de relieve la imperdonable omisión del Código civil español, significa poco al lado de otro artículo del propio Código, que descubre cuál es su espíritu, cuál es su tendencia, como no podía menos, jurídica y recta, aunque por aquello de que la letra mata, las impropiedades y olvidos padecidos en la redacción conduzcan á una interpretación literal cruel é irritante, enfrente de un espíritu justo y racional.

Todo ello arguye precipitación, ya que es imposible suponer desconocimiento del Derecho en los jurisconsultos reputadísimos que han soportado sobre sus hombros la ímproba tarea de redactar el Código civil. El artículo á que nos hemos referido es el 172, en directa relación con el 168, ambos comprendidos dentro de un capítulo que lleva por lema el siguiente: «De los modos de *acabarse* la patria potestad.»

Entre los varios que comprende menciona la adopción, y en el art. 168 las segundas nupcias, y las ulteriores, añadimos nosotros. Por consiguiente, tanto el padre natural que presta su consentimiento para la adopción de su hijo, como la madre viuda que se casa por segunda ó posterior vez, pierden la patria potestad. La deducción no puede ser más lógica. Ahora bien: dice el artículo 172: «Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.»

El art. 172, que hemos transcrito, es una inmediata derivación del axioma universalmente reconocido de que cesando la causa debe cesar el efecto.

Disuelto el segundo matrimonio por la muerte del marido, finaliza la restricción impuesta en beneficio de los hijos, y la madre reivindica una potestad *perdida*. ¿Se observa ahora patente la inconsecuencia del Código? ¿Qué razón hay para negarle á los padres, que ninguna culpa cometieron, lo que se le concede á la viuda que pospuso el cariño de sus hijos al cariño de un hombre? ¿Por qué el hijo adoptivo que pierde su padre adoptante, no ha de reintegrarse al amoroso seno de su familia natural, allí donde ha de encontrar el calor de los afectos maternales y la austeridad provechosa del padre, que de ningún modo hallará en el tutor? ¿Es creíble que la ley haya querido ser injusta por el placer de serlo, mucho más cuando no era antijurídico optar por la solución natural, pues que lo hemos demostrado con la cita del artículo del Código que más se aproxima al derecho natural, luminar que debe dirigir los pasos de todo buen legislador?

Por eso opinamos que la deducción literal hay que repudiarla, recogiendo aquella que sube por tan legítimo conducto como el derecho estricto á que nos hemos plegado en esta excursión.

Nosotros opinamos que, así como es preferido el tutor elegido por el padre ó por la madre, al nombrado por el extraño que hu-

biere instituído heredero al menor ó incapaz si fuere de cuantía la herencia, con doble motivo habrá de prevalecer la potestad del padre ó de la madre sobre la autoridad del tutor nombrado por el adoptante, mucho más si se tiene en cuenta aquel principio de que al que tiene padres no se le nombre tutor.

Según el art. 209, la sola voluntad de los padres, manifiesta en la elección del tutor, lleva de por sí fuerza bastante para imponerse á la designación hecha por un extraño. Pues si la voluntad sola se respeta, ¡cómo no habrá de respetarse al padre que vive y reclama sus derechos!

Repetimos, pues, que nuestro criterio es el de que la designación de tutor hecha por el extraño se tendrá por no puesta, ínterin vivan los padres, y surtirá sus efectos en el caso de que éstos no hiciesen uso de sus derechos eligiendo tutor en testamento para sus hijos. Acaso la interpretación literal lleve á los juzgadores á desviarse del estricto derecho, amoldándose á lo que parece ser derecho escrito; pero tenemos la seguridad de que defendemos un criterio jurídico y acomodado al espíritu del Código.

Derecho vigente. —*Civil.*—El que se expresa en el siguiente cuadro:

Están sujetos á .....

Tutela plena. (Art. 199.)

1.° Los menores de edad huérfanos de padre y madre, ó cuyos padres tuvieren restringida su personalidad jurídica. (Artículos 170 y 200.)
2.° Los menores sometidos á la potestad de la madre, si ésta contrajese segundas nupcias. (Art. 168.)
3.° Los menores cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad por sentencia firme, dictada en causa criminal. (Art. 169.)
4.° Los menores cuyo padre ó madre sobreviviente hubiese sido condenado por sentencia firme en pleito de divorcio si persistiesen los efectos de éste, á tenor del segundo párrafo del art. 74 del Código. (Art. 169.)
5.° Los menores cuyos padres estuvieren ausentes, condenados á la pena de interdicción civil ó hubiesen sido privados ó suspendidos de la patria potestad por efecto de los malos tratamientos, ejemplos, órdenes y consejos corruptores que dieren á aquéllos. (Artículos 170 y 171.)
6.° Los locos, aunque tengan intervalos lúcidos. (Art. 200.)
7.° Los dementes, idiotas, imbéciles y los que padezcan demencia senil. (Artículo 200.)
8.° Los sordomudos que no sepan leer ni escribir. (Art. 200.)
9.° Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. (Artículo 200.)
10. Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil. (Art. 200.)

Tutela restringida.

1.° Los menores de edad, mayores de diez y ocho años, emancipados por concesión de sus padres, en el caso de que éstes faltaren. (Art. 317.)
2.° Los menores habilitados de edad, en el mismo caso. (Artículos 322 y 324.)
3.° Los emancipados por causa de matrimonio, en el mismo caso y para los efectos del art. 59. (Artículos 1 352 y 1.361.)
4.° La cónyuge menor del ausente, para los efectos de la representación de su marido. (Art. 183.)

ART. 201. La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Concordancias.—Análogo al art. 172 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 167 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 202. Los cargos de tutor y protutor no son renunciables sino en virtud de causa legítima, debidamente justificada.

Concordancias.—Análogo al art. 173 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 168 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—1.° *De la unidad de la tutela.*—El art. 201 constituye la piedra angular de la institución de la tutela, tal y como se encuentra desarrollada en el Código civil.

El proyecto de 1851, en los artículos 172 y 173, sentó la misma doctrina; pero como aquella obra, por más de un concepto aceptable, no pudo menos de reflejar en su contextura los defectos naturales de todo lo que por vez primera se ensaya, esparció, en los dos referidos artículos, lo que hoy es materia de uno solo, á saber: del 201. Dos partes contiene, si bien se examina: la primera relativa á declarar el principio de la unidad de la tutela; la segunda consagrada á consignar la estructura jurídica de la misma.

2.° En el Derecho patrio que ha venido rigiendo hasta la promulgación del nuevo Código, no tiene precedentes concretos la que denominamos parte primera del artículo, concerniente á que la tutela sea ejercida por *un solo* tutor.

Precisamente la ley 11 del tít. XVI de la Partida 6.ª admitió que la tutela ó curatela pudiera ser ejercida conjuntamente por muchos guardadores, y dió para ello las reglas que consideró precisas al objeto de evitar el desacuerdo que pudiera sobrevenir

de ejercer todos las mismas funciones. «Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos: é se leuantare desacuerdo entre ellos de manera que non se puedan todos ayuntar á fazer aquellas cosas que son tenudas de fazer en guarda dellos é de sus bienes, dezimos que estonce el uno dellos puede dezir al Juez que el quiere dar recabdo, é obligarse á cumplir lo que auian todos de cumplir, si los otros lo touieren por bien: é si non, que lo faga alguno dellos. E si se acordaren en esto, deue el Juez tomar tal recabdo del como diximos en la ley ante desta. E si se desacordaren de manera que cada uno quiera obligarse á esto é quiera auer en guarda los bienes de los moços, estonce el Juez deue escoger aquel que entendiere que lo fará mejor: é que será más prouechoso á los moços, é tomar tal recabdo del como sobredicho es: é darle poder que el solo los pueda auer en su guarda é aliñar é aprouechar los bienes dellos.»

Sin embargo de que la ley de Partidas admitió, como es visto, la pluralidad de tutores ejerciendo sus cargos conjuntamente, la rechazó en absoluto desde el instante que, en lugar de marchar unidos y de perfecto acuerdo procurando el acrecentamiento del caudal confiado á su administración, se introducía entre ellos la discordia. Entonces recurrió al arbitrio de elegir entre los designados *uno solo* que desempeñara la guardaduría. El medio sencillísimo y radical que adoptó la legislación de Partidas, es el mismo que el Código establece, pero con una diferencia laudable, puesto que impide la desavenencia, desde el instante que sólo admite la tutela ejercida por un tutor.

La generalidad de los Códigos extranjeros consignan preceptos análogos, y es porque todos ellos se inspiran en procurar que los intereses del menor estén garantidos no tan sólo por medios materiales, como, v. gr., la fianza, sino también por seguridades de otro orden, como son la rectitud del tutor, su conducta ajustada á las normas de una severa administración, su cuidado, todo dirigido hacia el mayor provecho en favor del confiado á su guarda y de ninguna manera distraído en rencillas y cuestiones con otros que pudieran disputarle el predominio. Una buena administración, cabe decir que es la base de la prosperidad de una fortuna, y en círculo tan reducido como el que atañe al caudal de un menor en íntima y directa relación con el cuidado personal, sólo puede ser ejercida por aquella persona que esté al tanto de

las necesidades del pupilo. He aquí la razón de que todos los Códigos vacíen un artículo en la común turquesa de la unidad de la función tutelar. Pero esto no quiere decir que los padres y aquellas otras personas que, impulsadas por un sentimiento de cariño, instituyeren heredero al menor ó le dejaren manda ó legado de importancia, no puedan designar en su testamento más de un solo tutor. La ley prohibe el ejercicio de la tutela conjuntamente, pero de ninguna manera restringe la facultad de los padres para hacer diversos nombramientos. Buena prueba de nuestro aserto es el art. 208 del Código, que dice: «Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos y hacer diversos nombramientos á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados.» De lo expuesto se deduce que las facultades del tutor son amplias, y que ora se trate de un caudal pequeño y fiduciario, ora de bienes inmuebles de sumo valor y sitos en diversos territorios, el tutor, administrador gerente que podemos llamarle, extenderá su acción, bien por sí ó por virtud de apoderamiento, á todos aquellos puntos donde se requiera su vigilancia y cuidado, siendo el responsable de sus gestiones, que en definitiva mostrarán su resultancia en las cuentas que habrá de rendir, á tenor de lo dispuesto por el Código.

Una duda se nos ocurre, que se contrae al particular siguiente: ¿siempre y en todo caso el criterio absoluto de la unidad de la tutela imperará como único legal, ó tratándose de una personalidad jurídica, como, v. gr., un matrimonio, que supone la existencia de dos personas naturales, se quebrantará el precepto generalísimo del art. 201? En nuestra opinión, deberá procurarse que rija la unidad siempre que sea compatible con las disposiciones del Código. Supongamos que el marido se torna incapaz, porque se apodera la locura de su cerebro, y que la mujer es menor de edad.

La tutela del loco se impone, y es el Ministerio fiscal el llamado á pedir la declaración de incapacidad, según expresa el párrafo tercero del art. 215.

Según el art. 220, la tutela de los locos corresponde: primero, al cónyuge no separado legalmente; segundo, al padre, y en su caso á la madre, etc. El Código no distingue si el cónyuge habrá de ser menor ó mayor de edad, bastándole, según se observa á simple vista, con la cualidad de cónyuge, para que por este sen-

cillo hecho sea tutor del incapaz. Verdad es que con esto se infringe el principio de Derecho de que no puede prestar aquel que necesita que le presten, y además se da el caso anormal de un menor ejerciendo la tutela, cuando se halla sujeto á la misma. Obsérvese, sin embargo, que se trata de una tutela restringida, puesto que la emancipación producida *de jure* por el matrimonio sólo incapacita al cónyuge menor para aquellos actos de transcendencia en el orden económico, como son la venta de los inmuebles, la afección de los mismos con cualquier gravamen, y el tomar dinero á préstamo. Consiguientemente los demás actos de la vida civil podrá ejercerlos con entera libertad.

Nosotros entendemos que todas las infracciones expuestas se salvan, quedando cumplido el art. 220 del Código, proveyendo á la mujer de tutor que supla su incapacidad en aquellas restricciones que sólo desaparecen cuando se traspone la minoridad.

Un caso análogo, ya que no igual, presenta el art. 183. Trata de la representación del ausente, incapaz por su lejanía de administrar sus bienes, y llama, en primer lugar, al cónyuge, y en su defecto, á los parientes del ausente, expresados en el art. 220, el mismo precisamente que acabamos de citar. Añade el susodicho artículo 183, que si el cónyuge fuere menor se le proveerá de tutor. A la sazón que escribimos el comentario correspondiente, censuramos la urdimbre algo grosera de la redacción y la imprevisión del Código, dejando en el aire ese caso de tutela verdaderamente excepcional; pero asimismo aprobamos el principio que se sentaba, de que fuese el cónyuge el que representara á su compañero ausente. En el caso de tutela del loco, no vemos razón abonada para privar al cónyuge menor de la representación y cuidado del incapaz, si se suple la restricción para ciertos actos civiles que la ley le impone, proveyéndole de tutor. Notamos, sí, un obstáculo, á saber: la denominación de tutela empleada por el Código, porque, según el art. 237, no pueden ser tutores los que están sujetos á tutela.

Esta dificultad se resuelve teniendo en cuenta: 1.°, que la mujer emancipada por el matrimonio solo necesita tutor para determinados actos; y 2.°, que suplida esa incapacidad relativa, la mujer en quien recaiga la administración de los bienes matrimoniales por causa de incapacidad del marido, tiene las mismas facultades y responsabilidades que éste, salvo la restricción que

para los actos de enajenación y gravamen le impone el art. 1.444 del Código.

El Derecho civil francés faculta á la mujer para ser tutora de su marido en interdicción, es decir, en un estado habitual de demencia, de imbecilidad ó de furor (art. 498).

Nuestro Código sigue la misma huella, pero pretendiendo medir por el mismo rasero cosas distintas, engendra dudas fundadas, tales como la que acabamos de indicar.

Creemos que de la manera expresada se resolverá la cuestión, máxime cuando de esta suerte se salva el principio de unidad de la tutela y se cumple el Código en algunos particulares, siquiera en otros quede incumplido, efecto de los vicios congénitos de que adolece.

Aquí, como en muchas otras ocasiones, nótase la divergencia latente entre el espíritu del Código y su letra, aquél recto y jurídico, ésta embrollada y contradictoria.

Existe, además, otra razón para suponer que es el cónyuge el que debe representar al incapaz aunque sea menor, con tal que se le provea de tutor si careciese de padre y madre. La razón á que aludimos es la de que subsiste la indivisión de los bienes matrimoniales, porque la locura no se puede reputar justa causa para pedir la separación de los bienes de los cónyuges, medida ésta transcendental que sólo procede cuando el cónyuge del que la pidiere hubiese sido condenado á la pena de interdicción civil, hubiese sido declarado ausente ó hubiere dado causa al divorcio (artículo 1.433). En el caso de locura, como producida después del matrimonio, éste continúa y los bienes conservan su propia condición de conyugales. Permaneciendo indivisos, se impone en Derecho que sea el cónyuge capaz el que los administre; y como la administración de los bienes y el cuidado personal mantienen, por lo que á la tutela se refiere, tan íntima conexión, evidénciase que la persona que sea administradora de los primeros debe ser también la que provea al cuidado del incapaz. Bajo cualquier aspecto que se estudie el punto discutido, viénese á parar á la conclusión de que la mera cualidad de cónyuge es de por sí suficiente para adquirir, *ipso facto*, la tutela del otro cónyuge incapacitado por locura.

De todo lo expuesto, concluímos que, según nuestra opinión, el criterio de la unidad de tutor debe mantenerse, aun tratándose

de personalidades de Derecho que, como el matrimonio, supone forzosamente la existencia de dos personas naturales.

Protestamos de que nuestro dictamen, inspirado en el deseo del mayor acierto posible, se deriva del espíritu que descubrimos en el Código, pero sin que por esto desconozcamos la fuerza de la letra. Hasta tal punto reconocemos su potencia avasalladora é irresistible, que casi tenemos la convicción de que nuestros Tribunales negarán al cónyuge menor el derecho de ejercer la tutela del incapacitado; aunque si á la pureza de la interpretación literal vamos, enfrente de ésta surgirá potente la del art. 200, del que se deduce que los menores emancipados legalmente no están sujetos á tutela. Ahora bien: nadie negará que la emancipación que produce el matrimonio es legal.

Si el Código civil español se interpretara literalmente, tendríamos en perpetua batalla al sí y al no, porque la obra de nuestros modernos civilistas es «el sistema de las contradicciones civiles», á la manera del famoso libro de Rroudhon.

2.° *Estructura jurídica de la tutela.*—Añade el art 201, como condición precisa para el ejercicio de la tutela y como garantía que se rinde á la sociedad del exacto cumplimiento de los fines de aquélla, la designación de un protutor y de un consejo de familia, los cuales vigilarán al tutor.

Así lo da á entender claramente el susodicho artículo cuando dice: «La tutela se ejercerá por un solo tutor, *bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.*»

Varias dudas entraña este al parecer tan sencillo artículo, dudas que habremos de reducir á la siguiente: ¿siempre y en todo caso se necesitará para el ejercicio de la tutela de la constitución del consejo y del nombramiento de protutor? Pregunta la consignada que á su vez comprende esta otra: cuando se trate de tutela restringida, v. gr., de la que necesite un emancipado por consentimiento de los padres ó por virtud del matrimonio, ¿será asimismo preciso el protutor y el consejo?

Desde luego, dada la regla rigorosa del artículo que examinamos, respondemos afirmativamente. El Código civil no admite excepciones de ninguna clase, y en su consecuencia, siendo un artículo preceptivo, que como tal impone un deber, es imposible su renuncia porque envolvería la nulidad de lo efectuado, á tenor de lo dispuesto en el art. 4.° del susodicho Código. Podríamos

decir con Laurent que el comentarista no tiene derecho para crear una teoría que no tenga su base en el texto legal.

Dicho esto, hagamos la crítica que se merece el artículo, harto severa por cierto.

Tratándose de la tutela de los menores, ya sea testamentaria, legítima ó dativa, nada tenemos que oponer, pero nuestra oposición comienza desde el instante mismo que llegamos á la tutela de los locos y sordomudos, de los pródigos y la de los que sufren interdicción, y vemos llamados por la ley al ejercicio de la misma al padre y á la madre del incapacitado. Supóngase un sordomudo que permanece en soltería. Mientras dure su minoridad estará bajo la potestad paterna. Llega á los veintitrés años, y obtenida la declaración de su incapacidad, entra en la tutela de su padre.

Y cuanto decimos del sordomudo, lo hacemos extensivo al idiota; v. gr.: ¿es equitativo que por la diferencia de un día, tránsito de la menor á la mayor edad, el padre baje tanto en la consideración y respeto de la ley, que ayer le capacitase para regir como padre y hoy sólo para administrar como tutor? ¿No repugna al buen sentido que se desconfíe de su cariño para con el hijo incapaz y se exija el nombramiento de un protutor que le vigile y de un consejo de familia que le autorice? ¿No están en contradicción estas exigencias del Código con el criterio expansivo y racional que muestra de otro lado relevando de fianza á los padres y facultandoles para recluir al incapaz en un establecimiento donde por los cuidados de la ciencia recobre la salud mental?

Es odioso que la ley intervenga y estime indispensables garantías de cierto orden, como las del protutor y consejo, tratándose del padre ó de la madre, á quienes sólo pueden guiar sentimientos puros, acrecentados por la triste situación del incapaz.

Esto es contrario á las reglas más elementales del buen sentido.

A pesar de todo lo cual hay que rendirse al art. 201 del Código civil, que no admite la tutela sino complementada por la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Para que se comprenda qué extremos contradictorios alcanza la no exclusión de la tutela de los padres respecto de sus hijos

incapacitados, de las reglas generales de toda tutela en lo que atañe á la vigilancia del protutor y del consejo, rogamos á nuestros lectores se fijen un momento en el parangón siguiente y deduzcan sus lógicas consecuencias. El padre necesita, según el Código (puesto que no hay precepto alguno que le excluya de la regla general y amplísima del art. 201), para ejercer la tutela, de la asistencia del protutor y del nombramiento del consejo. Pues bien: el padre, á tenor de lo dispuesto en el art. 206, puede nombrar protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó ya alguno de los ilegítimos, á quienes, según el art. 139, está obligado á alimentar. Claro está que se trata de un nombramiento hecho por actos de última voluntad; pero con todo, la incorrección salta á la vista. Si el Código se inspira en el poder del padre y en la omnímoda confianza de que es digno, porque ninguno como él ha de procurar por la bienandanza y prosperidad del hijo, y derivándolo de este poder y confianza le reconoce el derecho de nombrarle tutor y protutor, el Código echa por tierra todos estos fundamentos y se contradice desconfiando del padre cuando en vida le coloca bajo la vigilancia precisamente de aquella misma persona á quien el día de mañana puede nombrar para después de su muerte.

Estudiando los Códigos extranjeros, hemos hallado en el de Guatemala un precepto que en nuestro sentir representa un progreso recomendable. Sabido es que dicho Código distingue entre la patria potestad y la que denomina tutela natural. Bajo el primer dictado comprende la autoridad sobre la persona y bienes del hijo; bajo el segundo, el cuidado personal y la administración de los intereses.

Esta distinción científica le ha conducido al art. 293, cuyo tenor es como sigue:

«Permanecen bajo la patria potestad, aun después de haber cumplido la edad de veintiún años (mayor edad), los hijos incapaces por locura ó imbecilidad.»

¿No es esto más jurídico que sujetarlos á una tutela que se llama legítima cuyo tutor es el padre, sometido á una vigilancia ridícula é incomprensible?

Si la patria potestad encuentra su límite cuando el hijo puede dirigirse por sí mismo, es evidente que tratándose del idiota ó

del loco, este límite no se alcanzará nunca mientras la idiocia ó la locura subsistan.

Compárense ambos Códigos, y dígase luego cuál de los dos se plega más al Derecho natural.

La segunda pregunta que formulamos, y que de plano resolvimos en sentido afirmativo, es la siguiente: La tutela restringida que necesita el emancipado para ciertos actos civiles, ¿requerirá también la protutela y la constitución del consejo familiar? Decimos, con relación á este caso, lo que venimos repitiendo desde el principio de los comentarios. Hay un antagonismo gravísimo entre la letra del Código y su espíritu; y preferimos creerlo así, porque de otra suerte, precisa reconocer que no se ha profundizado la cuestión y que se ha resuelto de plano sin prever las contingencias de la práctica, ni efectuar ese sondeo para el que sirve de sonda la previsión que evita muchas veces dar en el bajío.

Para abreviar, vamos á poner un ejemplo.

Un menor de edad, pero mayor de diez y ocho años, es emancipado por sus padres. En efecto, el núm. 3.º del art. 314 del Código civil autoriza la emancipación que podemos denominar voluntaria. Queda, pues, el menor, según expresa el art. 317, habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue á la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos sin el de un tutor.

Supongamos que el padre y la madre mueren á poco de emancipar á su hijo, y nos encontramos con que, según el Código, el menor queda sujeto á tutela para los efectos expresados en el referido art. 317.

Otros dos artículos corroboran este principio, á saber, el 200 y el 278. El primero porque incluye entre los sujetos á tutela los menores no emancipados *legalmente*, y en el caso que hemos puesto suponemos que se trata de un menor emancipado por concesión de los padres, ó sea *voluntariamente;* el segundo porque entre las causas por las cuales concluye la tutela no menciona la emancipación, aunque por uno de esos *lapsus*, que tanto abundan en el Código, establece que la habilitación de edad concluye la tutela cuando á tenor del art. 324 sufre el habilitado las mismas restricciones que impone el art. 317 á los emancipados.

Dedúcese, pues, incontrovertiblemente que en el ejemplo que hemos puesto, el menor emancipado por sus padres, si éstos falleciesen, necesitará del consentimiento de un tutor para los actos civiles que expresa el art. 317.

Ahora bien: estando en tutela, aunque ésta sea restringida, basta que el Código exija el concurso de un tutor para que la regla general del artículo que comentamos se imponga en absoluto, mucho más cuanto que tiene su confirmación en el art. 234, que dice que el tutor no podrá comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor, y en el 233, según el cual al consejo de familia corresponde nombrar protutor.

De suerte que se traban y enlazan por tan estrecho modo estas instituciones, importadas de extranjero Derecho en el nuestro, puesto que no se concibe un tutor sin el protutor y el consejo.

Ahora bien: veamos en el caso actual cuáles serían sus atribuciones. Desde este mismo instante aseguramos que ninguna. En efecto, ¿para qué necesita de tutor el emancipado? Solo y exclusivamente para que le preste *su consentimiento* para vender ó gravar bienes inmuebles y tomar dinero á préstamo. Así que, nótese bien, la facultad de consentir radica en el tutor porque es atribución que para este caso que tratamos le confiere el Código, de la propia suerte que radica en el consejo de familia cuando, tratándose de tutela plena, es el tutor el que de por sí intenta enajenar ó gravar bienes que constituyan el caudal del menor, ó dar ó tomar dinero á préstamo.

El menor emancipado puede por sí verificar dichos contratos con tal que el tutor consienta. Si, pues, la función tutelar queda reducida á tan mínima expresión, y aquí no hay ningún peligro, porque el tutor ni formaliza inventario, ni gestiona nada, ni tiene en su consecuencia que rendir cuentas, ni necesita autorización para prestar el consentimiento, porque le otorga esta facultad el Código, ¿á qué queda reducida la misión del protutor y del consejo? La del primero a promover la reunión del dicho consejo cuando la tutela vacare, y la de éste á nombrar el nuevo tutor y darle posesión de su cargo. Pero ¿y en vida del tutor? Ya lo hemos dicho: á representar el socorrido papel de figuras decorativas.

También impone el Código al tutor del emancipado el deber de asistirlo en juicio, pero repetimos que para ello no necesita de

la autorización del consejo, porque el Código se la confiere á él directamente, tanto más, cuanto que la asistencia no supone facultades propias, toda vez que el emancipado puede disponer de su persona y bienes como si fuera mayor.

Á estos extremos conduce el afán inmoderado de introducir instituciones nuevas y no saberlas combinar con aquellas otras que ya existían en nuestro Derecho.

Véase, pues, cómo el art. 201 no es exacto en sus últimas consecuencias, puesto que dice «que la tutela *se ejercerá* por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo,» y acabamos de mostrar á la consideración de nuestros lectores un caso en que el protutor y el consejo carecen de atribuciones, y no son más que entorpecimientos á la marcha expedita de la tutela. Sin embargo, convencidos de su absoluta inutilidad para este caso, no hay más solución que subyugarse al mandato de la ley y nombrar á un protutor *honorario* y un consejo de la misma categoría.

¡Quién había de pensar que en el Código se establecieran títulos honoríficos!

Irrenunciabilidad de los cargos de tutor y protutor, salvo causa legítima.—Y dicho esto, hora es de entrar en el comentario del artículo 202, relativo á que los cargos de tutor y protutor no son renunciables sino en virtud de causa legítima, debidamente justificada.

El principio de la irrenunciabilidad del cargo arranca de su peculiar naturaleza, puesto que se trata de una función social que el Estado confía á los ciudadanos, y á cuyo efecto establece en la ley reguladora de la familia y de la propiedad aquellos preceptos que estima necesarios para que no quede desamparada función tan noble y necesaria como la tutelar.

Los Códigos extranjeros consignan el mismo principio, ora de un modo categórico como los de Portugal, Guatemala, Méjico; ora de un modo tácito, dejándolo traslucir clarísimamente en el mero hecho de establecer causas legítimas de excusa.

Nuestra legislación de Partidas, que en estas materias es arsenal copiosísimo al que se puede recurrir, si bien no de un modo concreto y terminante como el Código que comentamos, vino á fijar la misma doctrina, derivándola por línea recta del Derecho romano, que con gran extensión trató de las excusas de

los tutores y curadores. Compréndese que desde el momento que la ley fija las excusanças, como expresan las Partidas, diciendo que son tanto como «mostrar razones derechas en juyzio, porque aquel que es dado por guardador de un huérfano, non es tenúdo de recebir en guarda á él nin á sus bienes,» es porque aquel que no puede mostrar estas razones derechas en juicio, está obligado al desempeño de la tutela. Así es que dígase de un modo expreso, ó dedúzcase el principio, **tanto monta.**

Por eso, al observar que constantemente se viene repitiendo el mismo hecho, toda vez que no hay legislación que nó le consigne, hemos dicho: «El principio de la irrenunciabilidad de la tutela arranca de su propia naturaleza.» Recordábamos la frase del más ilustre de los oradores de Roma, Cicerón, de que todo hecho constante se funda en la naturaleza misma de las cosas.

El art. 202 tiene su complemento en el 244, que establece las causas de excusa de la tutela y de la protutela.

Ahora bien: cuando el artículo que es objeto de nuestro estudio dice *causa legítima*, ¿refiérese exclusivamente á las consignadas en el susodicho art. 244, de tal suerte, que si el designado tutor alegase y justificase ante el consejo de familia alguna otra atendible, aunque no incluída en el Código, habrá de ser rechazada? Nuestra opinión se inclina á la negativa.

El art. 202 habla de *causa legítima*. Si su propósito hubiese sido limitarlas exclusivamente á las de excusa, lo hubiera dicho. Cuando guarda tan prudencial silencio es indudablemente porque entiende que una cosa es *renuncia* y otra *excusa*, siquiera la diferencia sea tan tenue que apenas se aperciba. Es contrario de las normas jurídicas, basadas en la más pura razón, forzar á una persona á desempeñar la tutela de un menor ó de un incapaz, cuando renuncia, no á impulsos del capricho y por evitarse molestias, sino cediendo á una causa que estima incompatible con el ejercicio de la función tutelar y cuya causa justifica.

¿Acaso es el Código tan infalible que haya previsto en el artículo 244 la multiplicidad de circunstancias que la vida presenta? Si, por ejemplo, en los últimos días de su vida un padre, por cualquier cuestión económica, tuvo disentimientos con una persona de su mayor amistad, y el consejo de familia, desconociéndolo, al fallecimiento la designa tutor de un hijo de aquél, ¿no será apreciable y hasta digno de alabanza que deponga ante el

tribunal familiar los motivos de esa sorda enemistad que profesa y que le imposibilita el ejercicio de la tutela del hijo de su mayor enemigo? ¿Acaso la violencia del carácter se doblega como la cera? ¿No será contrario de los intereses del menor imponer la tutela á quien ha confesado paladinamente que la ejercerá mal? Porque quien dice este caso, dice los infinitos que no pueden preverse. Sobre todo, si el Código hubiese dicho: «los cargos de tutor y protutor no serán *excusables*», habría sus más y sus menos, pero habiendo dicho *renunciables*, es indudable que la no existencia de la excusa no implica la imposibilidad de la renuncia.

Todavía se acentúa más el valor de esta opinión parando mientes en el cargo de protutor. No tan sólo hay que fijarse en si ejerce funciones públicas, ó desempeña otra tutela, ó tiene cinco hijos bajo su potestad, ó es tan pobre que no pueda proveer al cuidado de la protutela sin menoscabo de su subsistencia. Como cargo fiscal que es en cierto modo, hay que tener en cuenta el estado de sus relaciones con el tutor Pues qué: si entre los dos mediase una amistad íntima que pudiera dar margen, ya que no á la confabulación con el tutor, á lo menos á que sacrificando la conciencia en aras de la amistad, como sucede desgraciadamente muy á menudo, le tolerara ciertos abusos, ¿no sería justa causa de renuncia esa misma amistad que le arrebataba las energías del temperamento, absorbidas por las debilidades del cariño? O si la enemistad fuera tan ostensible y profunda que de fiscal celoso hubiese el peligro de que se tornara en terrible acusador, levantando fantásticas sospechas que amenguaran el crédito del tutor, si el designado protutor en un rasgo de caballerosidad lo manifestara ante el consejo de familia y lo justificara, ¿no sería justa causa de renuncia? En nuestro entender, sí. *Causa legítima* no quiere decir en este caso *causa legal*.

He aquí, pues, nuestro criterio respecto del artículo.

Añade éste que habrá de ser debidamente justificada. Este terreno de las justificaciones es tan amplio, y su resultancia final queda tan al arbitrio prudencial del consejo de familia, que es innecesario detenerse en tratar lo que es tan vario como el juicio que proviene de los términos, en cada ocasión distintos é imprevistos, de la cuestión que se plantee.

ART. 203. Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas á tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan á los menores ó incapacitados.

Concordancias.—Análogo al art. 174 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 169 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—La tendencia que se revela con la introducción en nuestras leyes civiles de esta nueva garantía que se concede al menor en ese período de interinidad en el que por las exigencias naturales del tiempo indispensable para el desarrollo y completa formación del consejo de familia, había de quedar en el desamparo, no puede menos de ser alabada como se merece, siquiera, dada la constitución de nuestros Juzgados municipales, su escasa retribución y el cúmulo de asuntos que sobre ellos pesan, haya de venir, en mucha parte, á quedar completamente ineficaz esa racional medida que responde al principio jurídico de que la persona capaz de derechos no debe quedar un momento sin representación legítima y cuidado correlativo á las necesidades materiales y morales que experimente. Es totalmente inútil que la ley otorgue garantías si el medio por cuyo conducto han de alcanzar su efectividad no es eficaz, y aquéllas no pasan de ser letra muerta, perdida en el *mare magnum* de las buenas intenciones.

Algunos Códigos extranjeros, entre los cuales pueden citarse los de Portugal y Méjico, en sus artículos 188 y 441, y muy principalmente este último, sancionan el mismo principio que ya germinara en nuestro proyecto de Código de 1851, en aquel art. 174 que imponía al Alcalde del domicilio del huérfano el proveer al cuidado de la persona y bienes de éste hasta que el consejo de familia acordase lo conveniente en su primera reunión.

Tenía una explicación muy lógica este deber impuesto á los Alcaldes, que no pasó de la categoría de propósito legal, tanto porque se plegaba más á las tradiciones del Derecho indígena, del propiamente llamado Derecho nacional, cuanto porque no existiendo todavía la institución del Registro civil, *Libro diario* del Estado en lo que afecta á la población y á las alternativas y modificaciones de capacidad de los ciudadanos; y teniendo los Alcaldes atribuciones judiciales que luego vinieron á sumarse en las propias del Juez municipal, forzosamente habían de ser dichas autoridades administrativo-judiciales las que por estar más en relación con los vecinos del Municipio y conocer con más facilidad la existencia del huérfano desamparado, le prestaran sus cuidados, ora respecto á los bienes, como á las personas.

Borradas las atribuciones judiciales de los Alcaldes, y radicando éstas en los Jueces municipales, justo era que de conservar el principio establecido en el art. 174 del proyecto de Código de 1851, fueran los llamados al ejercicio de esa función tutelar interina que, bien ejercitada, es susceptible de reportar bienes sin cuento á los menores.

El Código civil sienta el precepto en forma imperativa: «Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas á tutela, *proveerán*.»

De consiguiente, llegado que sea á su conocimiento la existencia del huérfano de padre y madre menor de edad, ó del loco ó de cualquiera persona sujeta á tutela, cuando ésta no tenga quien por la ley esté llamada á protegerla, adoptará aquellas medidas que considere ajustadas á la delicada misión que el Código le confía, bajo su más estrecha responsabilidad. De aquí se deduce que si una persona formulase ante el Juzgado la pretensión á que se refiere el artículo del Código que estudiamos, su pedimento habrá de ser atendido y no podrá el Juez desentenderse alegando ignorancia, ni mucho menos rechazar de plano la solicitud.

Por otros medios puede también llegar á su conocimiento la existencia en el territorio de su Juzgado de una persona necesitada de sus auxilios, ínterin se nombre el tutor, así, v. gr., por la inscripción en el Registro civil de una defunción. Como es sabido, en las actas de esta naturaleza se detallan las circunstancias relativas al estado del finado, hijos que deja, su disposición

testamentaria, etc. Si de los datos aportados apareciese que el finado era viudo, deja hijos menores y ha fallecido sin disposición testamentaria, parécenos que cuadra, como de molde, la aplicación del art 203. Sin embargo, esto sería la absoluta perfección á que no es lícito aspirar, dada la actual constitución de los Juzgados municipales.

Aconsejamos, pues, á los que conozcan la existencia de un menor desamparado, que no se inspiren en el egoísmo censurable que se refleja en el característico «á mí no me importa», sino que, por el contrario, lo pongan en conocimiento del Juzgado, para que de ninguna manera pueda éste excusarse del cumplimiento del deber impuesto por el Código.

Bien á las claras se comprende que las funciones del Juez municipal, en el caso que estamos tratando, tienen un carácter gubernativo que responde perfectamente al apremio de las circunstancias.

El Código civil, al confiarles en interinidad el cuidado de la persona y bienes de los sujetos á tutela, no les impone los mismos deberes del tutor con todos sus rigores y responsabilidades: se contenta con que el menor sea atendido y sus bienes muebles salvaguardados. Así, el Juez, según nuestro criterio, puede proveer que el menor quede recogido, bien en un asilo, bien en poder de una persona de su confianza, para cuyo objeto podrá valerse de los informes de los Alcaldes de barrio y demás funcionarios á su orden. Respecto á los bienes, nótese que el Código sólo menciona los muebles, atendiendo á que los inmuebles no son susceptibles de ocultación. Es indiscutible que cualquiera medida que responda á la seguridad de la cosa, siempre que no altere su sustancia, puede ser adoptada por el Juez, puesto que sus funciones judiciales ceden plaza á las gubernativas, y su carácter de juzgador al de tutor interino.

Así, si se tratase de muebles de valor, puede ordenar el depósito; si de alhajas y numerario de igual suerte, el depósito en el establecimiento destinado al efecto; si de frutos ya separados de la tierra, ora su venta si corrieran peligro de averiarse, ora su conservación en trojes ó graneros. No creemos que haya de llevarse á un rigor tan grande el precepto del art. 203, en lo que atañe al cuidado de los bienes muebles del menor, que si se tratase de una cosecha, parte de ella levantada y otra parte sin le-

vantar, y expuestas á las diversas contingencias del tiempo que pudieran afectarla destruyéndola, hubiese el Juez de cruzarse de brazos. Es nuestro sentir que, á pesar de que por su adherencia á la planta, tenga el fruto pendiente la consideración de inmueble, puede el Juez municipal ordenar lo conveniente á la recogida, sin que por esto se entienda que se extralimita en sus funciones.

Las medidas dichas, como en un principio hemos expresado, serán letra muerta en las localidades de importancia, por el cúmulo de asuntos que pesan sobre los Juzgados; pero en las localidades rurales, y aun pueblos de relativa consideración, les será sumamente facil cumplir con este deber, que al cabo ha de ser provechosísimo para el menor y ha de redundar en el mayor perfeccionamiento del mecanismo de la tutela inherente al cumplimiento del fin social.

Dice el Código que dichos cuidados de la persona y bienes del menor duraran *hasta el nombramiento de tutor*. Esta sencillísima disposición del artículo es un poderoso acicate que imprime mayor actividad al Juez para libertarse cuanto antes de la grave responsabilidad que sobre él gravita. Porque no podrá negarse que esta en sus manos el nombramiento del consejo de familia, que á su vez ha de designar el protutor, si no estuviere nombrado testamentariamente.

El art. 293 del Código ordena que si el Ministerio público ó el Juez municipal tuviesen conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas á que se refiere el art. 200, pedirá el primero y ordenará el segundo *de oficio* ó á excitación del Fiscal la constitución del consejo de familia El artículo 232 establece que el Juez que descuidare la reunión del consejo será responsable de los daños y perjuicios que se irroguen al menor en razón de su negligencia. He aquí, pues, cómo se traban y complementan los deberes que á los Jueces municipales impone el Código civil. Habiendo tenido conocimiento del hecho que da lugar á la tutela, bien por medio de las personas á quienes obliga el Código á participarlo (art. 293), bien por otro cualquier conducto y proveído interinamente á tenor del artículo 203 que comentamos, es evidente que donde éste dice: «*hasta el nombramiento de tutor*,» vale tanto como si expresara hasta que el Juez convoque el consejo y éste designe el tutor.

Sin embargo, es nuestra opinión que la frase trascrita debe interpretarse m s latamente, porque así parecen exigirlo de consuno el Código y la equidad. El nombramiento de tutor le hace el consejo, pero es sabido que no entrará en el desempeño de sus funciones hasta que se haya verificado la inscripción del Registro (artículo 205).

¿No es lo jurídico entender que el Juez municipal continuará proveyendo al cuidado del menor hasta el susodicho momento, pues que hasta entonces necesita de sus solicitudes? Así lo creemos.

Parece existir una visible antinomia entre el art. 203 que comentamos y el 243, por cuanto este último faculta al consejo de familia para proveer á los cuidados de la tutela, si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, mientras tanto el impedimento no se resuelva.

Un medio práctico de resolver esta competencia de atribuciones sería el de conceder al Juzgado Municipal, mientras persistiese dicho estado transitorio, la inspección de las medidas que el consejo de familia adoptase y el derecho de oponer su veto á las medidas que considerase perjudiciales ó prematuras.

Dos efectos, á cual más beneficiosos, se conseguirían con la solución que indicamos: 1.° Evitar el conflicto de atribuciones, latente entre el consejo de familia y el Juez municipal, conflicto que, si no implica precisamente una contradicción de los dos enumerados artículos, toda vez que la armonía entre ambos no es imposible, arguye por lo menos imprevisión y descuido. 2.° Crear un poder inspeccionador, que bien lo ha menester el consejo de familia cuando es llamado por la ley á proveer á los cuidados de la tutela sin garantías pecuniarias de ninguna clase.

Concluye el artículo que analizamos liberando al Juez si por la ley hubiese otras personas encargadas de la obligación impuesta por el Código. En términos categóricos, como los del artículo presente, no menciona el Código á dichas personas. Sólo en un caso está terminante, á saber: el que expresa el art. 229, relativo á la tutela de los que sufren interdicción, cuyo artículo dice así: «El tutor del penado está obligado, además, á cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción hasta que se les provea de otro tutor.» Claro es que esto habrá de aplicarse

cuando los hijos del penado con la interdicción queden totalmente desamparados, puesto que si viviese el otro cónyuge ejercerá la patria potestad sobre los hijos menores. Pero esto no exime al Juez municipal de proveer al cuidado de la persona y bienes de los hijos del interdicto, porque hasta que se designe tutor á este último, ¿quién cuidará de aquéllos si careciesen de las personas á que el art. 203 se refiere?

Ya hemos dicho que no se menciona categóricamente más caso que el expresado en el art 229. Entendemos, sin embargo, que el Código alude directamente á las que por la ley tienen la obligación recíproca de suministrarse alimentos; y si esto pareciese una interpretación demasiado extensiva, puédese limitar á las que por la ley están llamadas al ejercicio de la tutela legítima.

Bajo el nombre de tutela legítima comprende el Código, no solamente la de los menores no emancipados, llamando á los abuelos y al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y en su defecto al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos, sino también á la que antes fué curatela y hoy tutela de los locos y sordomudos, de los pródigos y de los condenados á la pena de interdicción civil, llamando á dichas tutelas al cónyuge, á los padres, á los hijos, á los abuelos, á los hermanos y aun á las hermanas solteras, con la preferencia del doble vínculo.

Ahora bien: fijémonos que en todos los casos de tutela legítima la relación de parentesco que media entre el tutor y el pupilo es tan estrecha, que el Código, en su tít. VI, art. 143, impone á todos ellos la recíproca obligación de los alimentos; los cónyuges, los ascendientes respecto de los descendientes, éstos respecto de aquéllos, y los hermanos, no pueden excusarse de prestar alimentos con sus bienes propios de fortuna, cuando la necesidad hace sentir su tiránica é imperiosa ley. De aquí se desprende que en el caso de tutela, ora con sus bienes por carecer de ellos el incapaz, bien con los de éste, deben proveer interinamente al cuidado personal y á la vigilancia de las cosas muebles, mientras tanto que por sus contados pasos y con severo ajuste á las prescripciones del Código se constituya en legal forma la tutela. Si es el cónyuge, el padre, la madre, los abuelos ó los hermanos la persona llamada al ejercicio de la misma, ¿dejarán por esto, aun antes de discernírsele el cargo, de tener la obligación de

proteger al otro cónyuge, hijo, nieto ó hermano incapaz? Si son los lazos fortísimos de la sangre, si es el vínculo estrecho del parentesco los que exigen esa solicitud, esa demostración práctica del cariño, mediante la prestación de los alimentos; si el Código dedica un título á consagrar el deber de suministrar los medios indispensables para la subsistencia como emanado directamente del derecho natural, ¿cómo ha de eximir de esta obligación á las expresadas personas, cuando por desventura se presenta el caso triste de un individuo de la familia que se vuelve loco, ó de un huérfano menor desamparado? Entendemos, pues, que el Código civil, con excelente acuerdo, opta por los parientes y libera al Juez municipal de la prestación de esos cuidados y solicitudes, en la perfecta inteligencia de que el deber social cede plaza al individual cuando corresponde cumplirle á las personas que componen ese pequeño núcleo que se llama familia.

Termina el artículo que examinamos estableciendo lo que pudiera decirse aparente garantía de la obligación que impone á los Jueces municipales. Consiste aquélla en hacerlos responsables de los daños que por esta causa sobrevengan á los menores ó incapacitados.

Excelentes son las intenciones del Código y digno de loa el precepto; pero ¿de qué valen estos beneficios, si son como las indulgencias, que no tienen efecto material apreciable? Respecto á la persona del sujeto á tutela, todo descuido por parte del Juez refluirá en la salud del menor ó incapacitado. ¿Pero son apreciables metálicamente los daños de esta naturaleza?

Otra cosa sucederá con respecto á los muebles que se destruyan ó desaparezcan por la incuria ó negligencia del Juez que debió cuidarlos; mas aun entonces, ¿no cometió la negligencia en el ejercicio de sus funciones, y precisamente por su desidia y abandono en el modo de cumplirlas? Luego dará margen al ejercicio de la acción de responsabilidad civil, toda vez que en el ejercicio de su cargo infringió el precepto terminante del artículo 203 del Código.

Esta es, á lo menos, nuestra opinión. El ejercicio de una acción lleva consigo anejo un procedimiento. Ahora bien: para exigir responsabilidad á los Jueces y Magistrados, no conocemos otro que el establecido por los artículos 903 al 918 inclusive de la ley de Enjuiciamiento civil. Dice el 903: «La responsabilidad

civil en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia ó ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse, á instancia de la parte perjudicada ó de sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella.»

No es necesario advertir que estos trámites, por los muchos obstáculos que á su seguimiento se oponen, obstáculos que están en la conciencia de todos, hacen punto menos que ilusorio el derecho del menor ó incapacitado á exigir del Juez negligente la responsabilidad por el incumplimiento del deber impuesto en el artículo 203 del Código.

Una cosa nos llama también la atención, que parece ser portillo abierto para que la inventiva judicial sutilice con juegos de imaginación la *litis* que se promueva, esterilizando sus efectos. La omisión del Juez, siempre que traiga su origen de negligencia, lleva como pena la reparación del daño, según preceptúa el art. 203.

Toda obligación consiste en dar, hacer ó no hacer alguna cosa (art 1.088 del Código). Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia (artículo 1.089). Nadie dudará que el art. 203 impone al Juez municipal la obligación legal de proveer al cuidado de la persona y bienes del incapacitado y del menor. Ahora bien: á tenor del artículo 1.101, «quedan sujetos á la indemnización de daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieren en dolo, *negligencia ó morosidad*, y de los que de cualquier modo *contravinieren* al tenor de aquéllas.»

El Código civil impone al Juez municipal sólo la reparación del daño, entendiendo sin duda alguna con el art. 1.902, que el que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

Creemos, salva opinión más autorizada, que el Juez que contraviene á su deber ó cae en morosidad en el cumplimiento de la obligación de hacer que la ley le impone, incurre, como pena, en la indemnización de los daños y de los perjuicios.

Cuando la obligación está clara y definida por la ley ó por el contrato, y se contraviene ó se cumple negligentemente, es de rigorosa aplicación el art. 1.101 del Código civil.

Seguramente que por muchos se extrañará esta diferencia que hacemos entre el daño y el perjuicio, lesiones que en el orden económico se han venido tomando como sinónimas; pero esta extrañeza cesará en el momento que con la lectura del art. 1.106 se convenza el lector de que el Código civil distingue entre ambos. «La indemnización de daños y perjuicios, dice, comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido (daño), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener (perjuicio) el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.» Tanto más se comprende la diferencia, buscando el precedente que se halla en la ley 3.ª del tít. IV, Part. 5.ª, de cuya ley clarísimamente se deduce la diferencia que el Código ha recogido y consignado en el artículo transcrito.

El artículo que comentamos, al establecer la reparación del daño y omitir la del perjuicio, favorece á los Jueces con mengua del derecho de los menores, puesto que en ocasiones la cuantía de aquél puede ser tanta que represente una suma de importancia, como sucedería, v. gr., si estando la cosecha en la era, y vendida en un precio favorable, ocurriese el fallecimiento del padre, y por contravenir el Juez á lo dispuesto por la ley, desapareciese aquélla ó se menoscabase por efecto de alguna tempestad ó turbión que sobreviniere. El daño consistirá en el valor material mediante peritaje; el perjuicio en la utilidad que el menor dejó de percibir. Este último derecho no aprovecha al menor, y esto es tanto más censurable cuanto que el art. 232, que viene á sentar un principio análogo al del artículo que estudiamos, dice: «El Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados, será responsable de los *daños* y *perjuicios* á que diere lugar su negligencia.»

¿Es ó no exacto que, á pesar de estar al descubierto el espíritu del Código, la redacción dada al art. 203, junto con la sutileza de nuestros Tribunales, vendrá, en la mayor parte de las ocasiones, á convertir en ilusorio el justo precepto que nos ha servido de tema en el presente comentario?

ART. 204. La tutela se defiere:

1.° Por testamento.

2.° Por la ley.

3.° Por el consejo de familia.

Concordancias.—Análogo á los artículos 177, 181, 183 y 190 del proyecto de 1851 é igual al art. 170 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Caso 1.°**—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 2.ª—En tres maneras pueden ser establescidos los guardadores de los moços que fincan huérfanos. La primera es, quando el padre establece guardador a su fijo en su testamento, a que llaman en latin Tutor testamentarius; que quier tanto dezir, como Guardador que es dado en testamento de otri...

Caso 2.°—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 2.ª—La segunda, quando el padre non dexa guardador al fijo en su testamento, e ha parientes. Ca estonce, las leyes otorgan que sea guardador del huérfano, el que es más cercano pariente. E este atal es dicho en latin, Tutor legitimus; que quier tanto dezir como guardador que es dado por ley, e por derecho.

Caso 3.°—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 2.ª—La tercera manera es, quando el padre non dexa guardador a su fijo, nin á pariente cercano que lo guarde; o si lo ha es embargado, de manera que non lo puede, o non lo quiere guardar; e estonce el Juez de aquel lugar le da por guardador algún ome bueno, e leal. E a este guardador dizen en latin, Tutor dativus, que quier tanto dezir, como guardador que es dado por aluedrio del Juez: e porque ha departimiento entre estos guardadores, queremos fablar de cada vno dellos; e primeramente de aquel que establece el padre a sus fijos, e a los otros que descienden del.

ART. 205. El tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas.

Concordancias.—Igual al art. 171 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—*Consideraciones generales.*—El art. 204 no es más que la misma ley de Partidas que le antecede como precedente, modificada en su forma y alterada en cuanto á la tutela dativa por la introducción en nuestras leyes civiles de esa institución denominada consejo de familia, tan censurada por Escriche y tan ensalzada por la generalidad de los jurisconsultos de muchos países, que se han apresurado á darle entrada en los Códigos de sus respectivas nacionalidades.

Pero en el fondo, el tutor *testamentarius*, el *legitimus* y el *dativus* de la ley 2.ª, tít. XVI de la 6.ª Partida, corresponden á los tres números del art. 204, relativo á que la tutela se defiere: primero, por testamento, tutela testamentaria; segundo, por la ley, tutela legítima; tercero, por el consejo de familia, tutela dativa.

Y en rigor no necesitara el artículo decir una sola palabra más, si no fuera preciso investigar qué es lo que el Código ha querido expresar con esta frase: «La tutela *se defiere.*»

Deferir, según dice Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, es «comunicar ó dar parte de la jurisdicción ó poder, y adherirse al dictamen de otro.»

Deferir, según el Diccionario de la Academia Española, es asimismo, comunicar parte de la jurisdicción.

Deferir, según se deduce del Código civil, atendiendo al concepto jurídico del art. 204, es otorgar, conceder, comunicar, en efecto, ese poder que radica en el testador, en la ley ó en el consejo, á los que se hallan capacitados para ejercerlo sobre la persona y bienes del menor ó incapaz.

Siendo, pues, esto así, facilísimamente se deduce que sólo por testamento ó por llamamiento expreso de la ley, ó por virtud de designación del consejo, puédese nombrar tutor, y que el derecho al nombramiento ó la mención legal, junto con el acto de la designación, es lo que propiamente constituye el *deferimiento* que comunica los tonos de la legitimidad al nacimiento de la tutela.

Esto, que á nosotros nos parece incontestable, y que es indudablemente el concepto jurídico del verbo deferir, halla su contradicción en el propio Código civil, siquiera por no perder la costumbre que nos hizo exclamar en uno de los anteriores co-

mentarios que veíamos en este cuerpo legal el resumen de las contradicciones civiles.

En ocasiones emplea el Código el verbo con ajuste á su significación jurídica: en otras se aparta totalmente, dando pábulo á dudas sin cuento.

Al tratar de las sucesiones el art. 658, dice: «La sucesión se *defiere* por la voluntad del hombre, manifestada en testamento, y á falta de éste, por disposición de la ley.» Aquí emplea la palabra en el mismo sentido que al ocuparse de la tutela en el artículo 204. Hemos buscado la paridad de los casos para hacer resaltar más la grave incorrección cometida por los redactores del Código.

El artículo que alberga el error, y que sometemos á la interpretación de los hombres peritos en la nobilísima ciencia del Derecho, es el 245, cuyo tenor literal es como sigue: «Los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no están obligados á aceptar la tutela, si *en el territorio del Tribunal que la defiere* existiesen parientes del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.»

Confesamos con toda ingenuidad que, después de leer este artículo, y no obstante la firmeza de nuestras convicciones en Derecho y de nuestro detenido estudio del Código, hemos dudado de la significación del verbo deferir, robusteciéndose más, si cabe, nuestra persuasión de que es imposible cumplir á la letra el Código, porque hay artículos que no se explican sino por las leyes interpretativas y mediante una seria abstracción que conduzca á reflejar el pensamiento del legislador. Si la tutela se defiere exclusivamente por testamento, por la ley ó por el consejo de familia, porque á estos tres medios de deferimiento corresponden las tres clases de tutela, testamentaria, legítima y dativa, ¿cómo un Tribunal puede deferirla, y qué clase de tutela es esta? Porque una de dos: ó á más de las tres mencionadas, existe ésta, que habrá que denominar tutela judicial, ó si se rechaza por absurda esta deducción, hay que convenir en que el Código civil confunde el significado de las palabras y las emplea torcidamente. En un principio tuvimos duda, porque presumimos que el Código, al hablar de Tribunal, había querido decir consejo de familia, tal vez para mayor elegancia y por aficiones literarias que encajan en un comentario, pero no en la aridez retórica de

toda buena ley; mas luego hemos desistido de semejante pensamiento al observar que se dice: «en *el territorio* del Tribunal que la defiere.» El territorio supone la existencia de división territorial, y se refiere exclusivamente á los Tribunales de justicia, tanto ordinarios como militares y eclesiásticos. Lo que nunca hemos oído es que el consejo de familia ejerza su jurisdicción sobre un territorio peculiar ya designado. De suerte que, en definitiva, el art. 245 estudiado literalmente es incomprensible en absoluto, y lo que es más grave, inconciliable con el 204 que tratamos. Si hay Tribunales que defieran la tutela, claro está que precisa completar el susodicho artículo, adicionando un número que diga: «4.° Por los Tribunales de justicia.» Ahora bien: conocido el mecanismo de la tutela en el Código, ¿no resulta un verdadero anacronismo, una desviación del Derecho y hasta la negación del consejo, derivar ese cuarto medio de deferimiento? Claro está como la luz solar. Pues bien: no hay que olvidar que ese anacronismo, esa desviación del Derecho y esa negativa de las atribuciones del consejo de familia, obra es del propio Código, según queda demostrado.

Otra cosa también se evidencia, es á saber: que el Código no comprende bien el concepto de la palabra deferir, cuando la emplea indistintamente en casos distintos por su esencia y por sus accidentes. Descartando esta cuestión, digamos ya que, según nuestro sentir, los tres medios únicos por virtud de los cuales tiene lugar el nacimiento de la tutela, son los expresados en el artículo 204.

1.° *Tutela testamentaria.—El testamento.* La postrimera voluntad, solemnemente expresada, ha sido siempre por todos los pueblos atendida con aquel respeto y veneración que infunde la tétrica majestad de la muerte. El misterio impenetrable de lo infinito imprime en el ánimo de los seres que quedan en la tierra tan profunda huella, que la última determinación del que baja al sepulcro viene á ser idea que atosiga y maltrata la serenidad del espíritu, en tanto no se cumple fielmente aquel último y sagrado deseo expresado con voz trémula en los umbrales de la eternidad.

¿Cómo, pues, no habrá de respetarse la designación de tutor hecha en testamento por el padre para los hijos que abandona en el supremo instante de la muerte? Es el tutor, como dice Goyena,

imitando al jurisconsulto Berlier, aquella persona que ejerce una semipaternidad. Nadie como el padre ó la madre pueden elegir al que, para después de su muerte, ha de ser guardador solícito de la persona y administrador desinteresado de los bienes de aquellos seres más queridos que les suceden, hasta que puedan conducirse libremente y sin apoyo de nadie.

Por eso todos los pueblos han admitido en sus legislaciones la tutela testamentaria. Piérdense en la oscuridad los orígenes de dicha institución, y hay que buscar el arranque en aquellos monumentos del Derecho antiguo que, atravesando las centurias, han llegado hasta nuestros días.

Conoció Roma la tutela testamentaria, que tuvo su origen escrito en la ley de las XII Tablas: *Pater familias uti legassit super pecuniæ tutelave suæ rei, ita, justo esto.*

En la legislación patria derogada, las leyes de Partida, siguiendo el precedente romano, establecieron también la tutela testamentaria. Los Códigos modernos admiten asimismo la tutela deferida por testamento, y el Código civil francés consiente no sólo que se defiera por acto de última voluntad, sino por virtud de una solemne declaración ante el Juez, acompañado del escribano.

Es de notar que el Código civil español admite que la tutela se defiera *por testamento* exclusivamente. De suerte que es indiferente que éste revista cualesquiera de las formas que el Código civil establece, bien sea testamento abierto, cerrado ú ológrafo, ya se trate de testamentos especiales, como el militar, marítimo y otorgado en país extranjero.

En nuestras antiguas leyes civiles castellanas, derogadas hoy por el Código civil, autorizábase la designación de tutor en el codicilo. Traía esto su origen de la ley 3.ª, tít. II, libro veintiséis del Digesto (1). Esta ha venido siendo doctrina admitida que han apuntado en sus libros los expositores de nuestro Derecho. Viso, por ejemplo, infiere de la definición que da de la tutela testamentaria, que el tutor puede ser nombrado tanto en testamento como en codicilo, y cita en comprobación de lo segundo la ley 104 del tít. XVIII, Part. 3.ª, en la que al designar las cosas que no

(1) *Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.*

pueden dejarse en codicilo, no prohibe que en él se nombre tutor.

Esta doctrina vino á ser ampliada por la ley 3.ª de Toro, 2.ª, título XVIII, libro diez de la Novísima Recopilación, que al ordenar que «*en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento,*» dió fuerza y vigor extraordinarios á la doctrina corriente de que en los codicilos podíase hacer la designación de tutor. Finalmente, el art. 1.833 de la ley de Enjuiciamiento civil consagró definitivamente dicho principio con estas palabras: «Acreditado el nombramiento de tutor hecho *en disposición testamentaria*,» etc.

Ahora bien: el codicilo ha desaparecido de nuestro Código civil.

El artículo que estudiamos manifiesta sencillamente que la tutela se defiere por testamento. ¿Quiere esto decir que si apareciere debidamente solemnizado un documento en el cual el padre designase tutor ó manifestase que, habiendo perdido la confianza en el primero, es su postrimera voluntad que el tutor de sus hijos sea, v. gr., *B* en vez de *A*, habremos de reputarlo por ineficaz?

Una cosa es la forma, respetabilísima, cuanto que constituye la más sólida garantía para la sociedad, de que las leyes se cumplen, y otra muy distinta es el espíritu de los Códigos, que sobrenada entre las meras ritualidades de la ley. Bien se ve que en la institución de la tutela testamentaria, lo que se respeta es la voluntad del padre; y si se exige que conste en testamento es porque, dadas las solemnidades de este acto, reviste mayor grado de autenticidad que de otra suerte. Mas si el padre redactase y protocolizase, cumpliendo con las solemnidades requeridas por el Código para el testamento ológrafo, una cédula ó papel privado en que hiciere constar su propósito de que *A* sea el tutor de sus hijos, ó *B* en lugar de *A* ó, v. gr., *C* cuando faltase *B*, ¿se desatenderá su voluntad no obstante ser ésta conocida y constar su exactitud por documentos auténticos? Es cuestión que habrán de resolver los Tribunales con arreglo á los principios universales del Derecho y por analogía. Nosotros, buscando firme apoyo en éstas é inspirándonos en aquéllos, desde luego sostenemos que habrá de ser respetada la voluntad del padre ó madre manifiesta del modo expresado.

Hay un artículo, el 672, cuya letra es como sigue: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.» De donde se deriva que si concurren los dichos requisitos, será válida y tendrán fuerza suficiente para derogar las disposiciones del testamento. Si, pues, según el transcrito artículo estas memorias pueden afectar alterando, incluso la designación de heredero, ¿con cuánto más motivo no modificará la designación ya hecha de un tutor ó será suficiente para tenerle por nombrado?

El artículo cuya transcripción precede supone como condición precisa que el testamento haga referencia á las cédulas ó papeles privados que aparezcan después de la muerte del testador, y en este caso ya hemos dicho cuál es nuestra opinión.

Si el testamento no hiciese referencia ninguna y después de la muerte del testador apareciese un papel con todas las solemnidades que el Código requiere para la validez de los testamentos ológrafos, en cuyo documento privado se exonerara al nombrado testamentariamente ó se designara un tutor supliendo el vacío de la última disposición, ¿surtirá sus efectos el nombramiento ó la exoneración? El caso es de aquellos que no pueden resolverse de plano, porque dada la vacuidad del Código en relación á este punto, sólo cabe sostener una opinión que podrá acercarse más ó menos al espíritu legal, pero que como manifestación de un criterio libre, se expone á ser contraria del que formen los llamados en el terreno de la práctica á cumplir la ley.

Nosotros creemos que, acreditada la autenticidad del documento, debe respetarse la voluntad paterna, porque así como el Código concede al padre facultades para designar tutor y protutor á su hijo en consideración á la potestad que ejerce y á la fundada presunción de que habrá de elegir aquella persona que más confianza le merezca, de igual suerte, manteniéndose firme en la idea que informa la tutela testamentaria, debe mostrarse respetuoso con la última expresión de la voluntad paterna. Tanto más cuanto que ponemos como precisa condición que el documento en que se nombre ó exonere al tutor designado, revista, por lo que atañe á las solemnidades externas, las mismas que se requie-

ren para que el testamento ológrafo surta sus efectos en derecho. Si, pues, es un principio reconocido constantemente el de que la voluntad posterior, solemnemente expresada, anula la anterior ó la destruye en aquellos puntos contrarios de la misma, es evidente que, por lo que respecta á la designación de un nuevo tutor ó al reemplazo del nombrado, debe regir el mismo principio, y en su consecuencia entenderse que este documento, veraz y rodeado de todas las condiciones de autenticidad á que nos venimos refiriendo, complementa ó modifica la disposición testamentaria, que queda subsistente en todo cuanto no haga alusión á la materia que es objeto del presente tomo.

2.º *Tutela legítima.—La ley.* La misma construcción que siguieron los romanos para levantar el edificio jurífico de la tutela, sigue nuestro Código. En defecto de la voluntad del padre, madre ó extraño que instituyere heredero al menor, ó le dejare manda de importancia, próvida la ley é inspirándose en que el cuidado personal y el de los bienes por nadie será mejor cumplido que por aquellas personas ligadas al menor ó al incapaz con estrechos vínculos de parentesco, establece un orden de llamamiento á la función tutelar, designando en mérito á la proximidad y de mayor á menor, los individuos de la familia que quedan obligados á prestar sus auxilios á los que, por su desventura ó su minoridad, necesitan de ellos. Dentro de la tutela legítima que nuestro Código civil establece, nótase una división en dos ramas, apenas perceptible, pero de honda transcendencia en cuanto á la designación del tutor y á sus atribuciones. La primera rama está constituída por la que pudiera llamarse tutela legítima, propiamente dicha; la segunda, por la que ha venido siendo hasta hoy curatela y hoy tutela de los incapacitados por enfermedad cerebral, extravíos de conducta ó criminalidad que consigo lleve la imposición de la pena de interdicción civil. En la primera rama, ó sea la de la tutela propiamente dicha, sin duda fundándose en los precedentes romano y patrio, y por aquello de que el que tiene la esperanza de sucesión debe sufrir la carga, llama el Código en primer lugar á los ascendientes y luego á los colaterales, conciliando, en su caso, la dualidad de líneas con el principio de la unidad de tutor que establece el art. 201. Esto, por lo que respecta á la tutela de los menores huérfanos de padre y madre.

En la segunda rama, el orden de llamamiento es distinto, porque ya no se trata de menores, sino de personas emancipadas que acaso gozaban de la plenitud de sus derechos civiles, y que se encuentran de improviso con que su capacidad queda restringida por efecto de la concurrencia de alguna de las causas que el Código menciona en el art. 200. Estas personas han podido crearse afecciones contrayendo matrimonio, habiendo hijos de él; estas personas, á pesar de hallarse sujetas á tutela, pueden tener, y de hecho tienen muchas de ellas, padre y madre. Por eso ya no sigue el Código el orden de la sucesión intestada para el llamamiento de las personas que han de desempeñar la tutela; ya no llama á los abuelos y á los hermanos en primer término; ahora busca la mayor suma de solicitudes y cariños, y las encuentra en el cónyuge, en los padres, en los hijos y en los abuelos.

La misma diferencia notamos con respecto á las atribuciones: en la tutela legítima del menor, el tutor asume la ejecución de todos los actos civiles que aquél no puede desempeñar por sí mismo. En la tutela de los incapacitados las facultades son ciertamente menores, porque algunas restricciones de la capacidad no imposibilitan en absoluto al incapaz para efectuar ciertos actos de la vida civil, y porque el cuidado personal, aspecto importantísimo de la tutela, no le requieren para nada aquellos que, como el interdicto y el pródigo, tienen el suficiente discernimiento para cuidar sus propias personas.

3.° *Tutela dativa.—El consejo de familia.*—Corresponde este medio de deferirse la tutela á la denominada tutela dativa. Esta función social de la tutela no podía quedar al arbitrio de las múltiples contingencias que presenta la realidad. Cuando los padres no hagan uso de su derecho designando en su testamento un tutor para sus hijos; cuando los parientes llamados por la ley hubieren fallecido, sean indignos, ó se excusaren por alguna justa causa, alegada y probada, la ley no puede dejar en el abandono al necesitado de protección. Por esto, la ley 4.ª del tít. XVI de la 6.ª Partida, arbitrando el medio de llenar cumplidamente el fin social que la tutela se propone, confirió facultad á los representantes de uno de los órdenes más excelsos en que estriba toda sociedad, es decir, á los cumplidores de la justicia para que designasen guardador á los huérfanos «que non sea mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin degastador de lo que ouiesse, é

mayor de 25 años é varon é no mujer.» Hoy no es el Juez el que tiene estas atribuciones. El círculo de la familia se ha ensanchado.

Aquellos esbozos toscos que creyó ver el Sr. García Goyena en algunas leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real á que hemos aludido en la introducción de este tomo; aquellos lineamientos, no del consejo de familia, sino del poderío de la familia, que fueron robusteciéndose poco á poco y tomaron carta de naturaleza en algunas legislaciones forales, como las de Aragón y Navarra, han venido definitivamente á convertirse en institución, y como tal, sistemática.

Pero no ha venido el consejo de familia á nuestro Código sino por conducto extraño, importado de naciones extranjeras, que á su vez lo copiaron de la legislación francesa, primera que dió forma jurídica á la mencionada institución.

Estará ó no estará en armonía con el carácter nacional, pero es lo lógico que sea la familia, reunida en consejo, aquella que elija de su seno ó de entre personas que reflejen la honradez en todos sus actos ó que se distingan por sus afectos hacia el menor, la que ejerza la noble función de la tutela.

Mucha podrá ser la vigilancia de un Juez, amplio el círculo de sus investigaciones, sana su intención, probada su rectitud; pero sumadas todas estas cualidades, no evitarán que en ocasiones el interés egoísta se sobreponga y quede perjudicado el menor, tanto en sus intereses como en su persona, como en su educación intelectual.

La familia es la llamada á cumplir con este deber que va descendiendo á medida que las civilizaciones progresan desde la esfera social, regulada por el Estado, á la esfera individual, á la que propiamente compete proteger á sus semejantes.

De la inscripción en el Registro de tutelas.—Para dar por terminado este capítulo, réstanos tratar someramente del art. 205, redactado con la mira de que el Registro de tutelas sea una verdad.

No solamente concede la ley esta garantía del Registro, sino que, complementándola, prohibe á los tutores que ejerzan su cargo sin haber cumplido con el deber de la inscripción.

El Registro de tutelas trae su origen en nuestra patria de la ley de Enjuiciamiento civil, que bosquejó en los artículos 1.875

y 1.876 el susodicho Registro, si bien por imperfecciones propias de la práctica de la tutela de una parte, y de otra por la incuria de muchos Juzgados, cayó en desuso, si es que alguna vez se aplicaron dichos artículos. Y la verdad es que resulta incomprensible que imponiendo la ley solamente que en el mencionado Registro se pusiera testimonio de los discernimientos, y siendo la facultad de discernir propia del Juzgado, cayera en el olvido y fueran los juzgadores los más reacios en darle cumplimiento. Seguramente bastaba que el Juez, al redactar el acta de discernimiento, hubiera cumplido con lo preceptuado por el art. 1.868 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerábamos más factible la inscripción cuando el discernimiento del Juzgado era condición indispensable para el ejercicio de la tutela, que hoy, que es en realidad facultad del consejo, según dice el Código, dar la posesión al tutor y protutor (art. 261).

Antes el Juez no podía alegar ignorancia; hoy el tutor nombrado podrá llevar el acta del consejo de familia al Juzgado de primera instancia, pero podrá no llevarla, de donde claramente se deriva que si antes el exceso de trabajo de los Juzgados impidió cumplir con lo dispuesto por la ley de Enjuiciamiento civil, hoy la incuria de los tutores y la ignorancia del protutor y de los vocales del consejo ó su condescendencia, vendrá á constituir rémora fortísima á que se tornen en reales las loables aspiraciones del legislador. De una y otra parte se lanzan quejas. De los Juzgados, porque el deber es penoso, y á pesar de los esfuerzos realizados, no se puede cumplir con perfección; de los tutores, porque estableciendo el art. 289 del Código que los *asientos en los libros del Registro* se harán gratuítamente, se les obliga por algunos Juzgados á comparecer personalmente ó por escrito solicitando la inscripción; y como á la solicitud recae una providencia, ésta se notifica, y extendido el asiento se expide un testimonio del mismo, al cabo se produce una cuenta de gastos que recae en perjuicio del menor.

Esto contraría el espíritu de la ley, que, en cuanto respecta á los diversos estados que afectan la capacidad del ciudadano, tiene como norma la gratuidad de la inscripción, como, v. gr., sucede con el Registro civil, y á lo sumo lo que devenga derechos es la certificación de cualquier asiento de los libros, pero aun estos derechos, por lo insignificantes, son muy llevaderos.

De la simple lectura del art. 205 parece deducirse que basta la inscripción *del nombramiento* del tutor para que éste quede habilitado y pueda comenzar el ejercicio de sus funciones, no siendo exacto en rigor, puesto que no sólo deberá contener el expresado Registro cuanto concierna á la persona del guardador, sino también lo relativo á la prestación de la fianza, pensión alimenticia ó declaración de que se han compensado frutos por alimentos (art. 290).

Una vez hecha la inscripción en la forma prescrita por el artículo 290, el consejo de familia pondrá en posesión al tutor, y así, en pleno derecho, comenzará á ejercer sus funciones. Esto se entiende cumpliendo el Código *ad pedem literæ*.

¿Pueden los Jueces encargados del Registro de tutelas negarse á la inscripción?—Vamos á plantear una cuestión que será desarrollada en su lugar oportuno. ¿Puede un Juzgado negarse á la inscripción si notase que el consejo había contravenido á las prescripciones terminantes del Código civil, v. gr., nombrando el tutor con relevación de fianza ó concediéndole más remuneración que la que la ley previene? En nuestro sentir, evidentemente, y aquí podría repetirse aquel famoso principio de que la inscripción no convalida los actos nulos, con arreglo á las leyes. Respecto de su nulidad, nada hemos de decir, puesto que sabido es, según el art. 4.°, que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley. La opinión que sobre este particular profesamos es la de que el Juez, en el uso perfecto de sus atribuciones, puede negar la inscripción y adoptar las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela, entendiéndose que cuantos gastos se efectúen serán de cuenta de las que, por su mala fe ó su ignorancia, hayan dado ocasión á la nulidad.

Ahora bien: si mientras no se inscriba la tutela el tutor no puede ejercer su cargo, evidénciase que su salvoconducto está en la inscripción, y que la ley ha querido que sea el Juez el que por su ciencia y pericia abra las puertas, por decirlo así, al tutor ó le impida cumplir sus funciones cuando el nombramiento ó los acuerdos adoptados adolezcan de un vicio que los anule y destruya.

Puede, pues, decirse que el antiguo discernimiento ha venido á ser suplido por la inscripción en el Registro de tutelas. Si

aquél no se concedía ínterin el tutor no prestara la fianza que garantizase el ejercicio de su cargo y se señalare la retribución que había de percibir, y hoy el tutor no puede ejercer su cargo mientras no conste en el Registro inscrita la calidad y cantidad de la fianza, la pensión del menor, en una palabra, todas las circunstancias requeridas para la completa seguridad de la tutela; la antigua acta de discernimiento y el testimonio de haberse verificado la inscripción, vienen á representar idéntico papel y á conferir al tutor idénticas facultades. Por esto decimos que hoy suple la inscripción al discernimiento.

Si el consejo tomare un acuerdo relativo á la naturaleza y cuantía de la fianza, importe de la retribución, y el tutor, considerándolo gravoso, ó cualquier pariente del menor se alzase ante el Juzgado de la decisión del consejo, creemos que ésta se ejecutará y la inscripción se realizará sin perjuicio de que si el Juez revocara la resolución tomada se anote marginalmente en los libros del Registro. Entendemos esto lo más correcto para evitar demoras perjudiciales al menor. Hemos, además, buscado el precedente de la ley de Enjuiciamiento civil para situaciones que guardan estrecha analogía con la presente.

Nos referimos al caso de que el Juez señalara la retribución del tutor, y éste se alzara ante la superioridad, caso que prevé y trata el art. 1 862 de la expresada ley de Enjuiciamiento, siquiera hoy no rija dicho artículo. Pues bien: el 1.863 dispone que el auto en que se acordase la retribución, se ejecutará sin perjuicio de la apelación, que se admitirá en un solo efecto.

Entendemos lo propio: si el tutor se alza del acuerdo del consejo ante el Juzgado, no por eso la tutela habrá de quedar en suspenso; y para que pueda tener lugar su ejercicio, se inscribirá sin que se estime causa de denegación el recurso pendiente.

CAPÍTULO II

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

El capítulo, como su enunciado indica, se refiere á consagrar el derecho de los padres y de las personas que hubiesen mostrado su inclinación cariñosa al menor, instituyéndole heredero ó dejándole manda de importancia, á nombrarle por testamento tutor y protutor.

De suerte que, si fuéramos á exigir propiedad rigorosa en el Código, el capítulo debería denominarse: «De la tutela y protutela testamentaria,» puesto que de ambas se ocupa. Sin embargo, no por esto cabe dirigir censuras. El organismo de la tutela constitúyelo el tutor, juntamente con el protutor y el consejo de familia, y así, pues, cabe entender que cuando el Código dice tutela, la comprende en su totalidad, es á saber, en la perfección de su organismo.

Ya hemos dicho que el pueblo romano conoció la tutela testamentaria. Así se desprende de una ley de las XII Tablas.

El derecho de llamar á un tercero por testamento á la tutela de los impúberes, fué en un principio exclusiva prerrogativa de los ascendientes que ejercían la patria potestad.

Introducido el codicilo, y á contar del reinado de

Augusto, el nombramiento pudo hacerse, no sólo en testamento, sino en dicha posterior disposición de última voluntad.

También la madre podía elegir tutor á su hijo impúber, pero era menester que le hubiere instituído heredero. Esto no obstante, quedaba al Magistrado la facultad de examinar el nombramiento y de rechazarlo, si existían justos motivos, ó confirmarlo en otro caso.

El patrono y el extraño tampoco eran ajenos á la tutela testamentaria activa, si instituían heredero al impúber; pero, según afirma Paulo (ley 4.ª, tít. IV, libro veintiséis del Dig.), su nombramiento debía ser confirmado si el pupilo no tuviese más bienes de fortuna que los de la herencia.

Las leyes de Partida, inspirándose en el Derecho de Roma, concedieron al padre y al abuelo la facultad de nombrar tutor por testamento para su hijo ó nieto, respectivamente.

A la madre y al extraño le impusieron la restricción de que el nombramiento que hiciesen no surtiría efecto mientras no fuese confirmado por la autoridad judicial.

El Código civil, después de haber reconocido la patria potestad á la madre, no podía menos de consagrar su derecho de elegir tutor para sus hijos, restringiendo la confirmación hoy otorgada por el consejo de familia exclusivamente al caso del extraño que instituyere heredero al menor ó le dejare manda ó legado de importancia.

Concilia el Código la posibilidad legal de designar varios tutores, con el principio sentado en el art. 201, de que la tutela se ejercerá por un solo tutor, y, al

parecer, excepciona á los que hubiesen instituído heredero al menor ó le hubiesen dejado bienes de importancia.

Finalmente: prevé el caso de la concurrencia de tutores nombrados por diferentes personas, y traza un orden jurídico de preferencia, en relación directa con la mayor autoridad de los designantes y de los afectos que demostraren al menor, traduciéndola por la regla de tanto quieres, cuanto legas. Esto no será muy exacto, pero no hay más arbitrio que rendirse al convencionalismo forzoso de las leyes.

En los padres radica la plenitud del cariño; por eso, el elegido por aquéllos es el llamado en primer lugar. Se supone que el que instituye heredero al menor tiene más afecciones por éste que el que sólo le deja manda de importancia, y esta regla es la que se sigue para determinar la prelación.

Entremos en la particularización de los casos y examen de cada uno de los artículos.

ART. 206. El padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó ya alguno de los ilegítimos á quienes, según el artículo 139, está obligado á alimentar.

Igual facultad corresponde á la madre; pero, si hubiere contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobación del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona á quien se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra.

Concordancias.—Análogo á los artículos 177 y 178 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 172 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 3.ª—El auuelo, o el padre, puede dar guardador a su fijo, o a su nieto que estouiesse en su poder, e que fuere menor de edad, como de suso diximos: e esto puede tambien fazer a los que son nascidos, como a los que son en el vientre de su madre. Pero lo que diximos de los nietos, se entiende que el auuelo les puede dar guardador en su testamento, si despues de su muerte non fincare el nieto en poder de su padre: e el nieto a quien fue dado este guardador, deue estar en poderio del con todos sus bienes, fasta que aya el moço cumplidos catorce años e la moça los doce.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 6.ª—La madre que faze testamento, en que estableciesse por sus herederos á sus fijos, que non ouiessen padre, bien les puede establescer guardador en el. Pero tal guardador como este non puede vsar en ninguna manera de los bienes del moço, a menos de ser confirmado del Juez del lugar do son los bienes: e el Juez deuelo confirmar, e otorgarle guarda dellos, si non fuere atal, a quien defiendan las leyes deste nuestro libro que lo non sea. Mas si la madre non estableciesse por su heredero al fijo, non le podria dexar guardador, maguer le dexase de otra guisa alguna partida de sus bienes. Pero si acaesciesse que lo fiziesse, si gelo quisiesse confirmar el Juez, valdria, mas non de otra guisa.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 8.ª—Tambien el fijo de barragana, como al que fuesse de muger legitima puede el padre dar guardador a su finamiento que guarde á el, e a los bienes en que lo fizo su heredero. Pero este guardador atal non se puede trabajar de la guarda del huerfano, nin vsar de los bienes del, a menos de ser confirmado por el Juez del lugar.

ART. 207. También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.

Concordancias.—Igual al art. 173 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 8.ª—Otrosi dezimos, que si algun ome estableciere en su testamento por su heredero á algun huerfano extraño, que le puede dar guardador en aquel mesmo testamento, e este guardador atal debe ser confirmado del Juez, segun diximos del otro. E'avn dezimos, que los guardadores que son escritos en los testamentos, pueden ser establescidos simplemente, e a tiempo cierto, o so condicion, segun que fuese su voluntad del facedor del testamento.

Ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.834.—También se mandará discernir el cargo de tutor al nombrado por cualquiera persona que haya instituído heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia; pero la relevación de fianza, en su caso, sólo se entenderá respecto á los bienes en que consista la herencia ó legado.

ART. 208. Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos, y hacer diversos nombramientos á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados.

En caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos, y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.

Concordancias.—Análogo á los artículos 179 y 180 del proyecto de Código de 1851, ó igual al art. 174 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 8.ª (inserta en el art. 206).—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 11.ª—Si los guardadores de los huerfanos fueren muchos, e se leuantare desacuerdo entre ellos, de manera que non se puedan todos ayuntar a fazer aquellas cosas, que son tenudos de fazer en guarda dellos, e de sus bienes; dezimos, que estonce el vno dellos puede dezir al Juez, que el quiere dar recabdo, e obligarse a cumplir lo que auian todos de cumplir, si los otros lo touieren por bien; e si non que lo faga alguno dellos. E si se acordaren en esto, deue el Juez

tomar tal recabdo, como diximos en la ley ante desta. E si se desacordaren, de manera que cada vno quiera obligarse a esto, e quiera auer en guarda los bienes de los moços, estonce el Juez deue escoger aquel que entendiese que lo fara mejor, e que sera mas prouechoso a los moços, e tomar tal recabdo del, como sobredicho es; e darle poder, que el solo los pueda auer en su guarda, e aliñar e aprouechar los bienes dellos.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 206, 207 y 208.—Enlazamos los tres artículos, tratándolos en un solo comentario, porque entendemos que de esta suerte se hace más llevadero el estudio de preceptos que se relacionan tan íntimamente, cuanto que forman un solo cuerpo, concerniente á determinar cuáles personas tienen derecho de nombrar tutor por testamento y la medida de dicha facultad, distinta cuando se trata de los padres ó de extraño que instituya heredero al menor ó le deje legado de importancia.

Para metodizar, vamos á distinguir las cuestiones, ocupándonos: 1.°, de quiénes gozan del derecho pleno de designar tutor; 2.°, quiénes le disfrutan restringido; 3.°, sobre qué personas recae este derecho, y 4.°, su extensión, estudiando incidentalmente y con mucha parquedad las demás cuestiones que sugiere la lectura de los artículos.

1.° *Quiénes gozan del derecho pleno de designar tutor en testamento.*—Hemos expresado, y repetimos, que el derecho á nombrar tutor por testamento á los hijos dimana de la patria potestad, y si se ha ampliado á todos aquellos que le instituyeren heredero ó le dejaren manda de importancia, es, seguramente, en consideración á la costumbre inspirada en el texto explícito de las leyes romanas, y á que, en efecto, debe suponerse que cuando una persona transmite á un menor sus bienes por acto de última voluntad, su intención manifiesta es la de que se conserven y acrezcan por una buena administración. Derivando, pues, esencialmente, salvo los accidentes, la tutela testamentaria de la patria potestad, justo es que sean los padres, ó, mejor dicho, el cónyuge sobreviviente, el que designe tutor y protutor, tanto á sus hijos menores como á los incapacitados, aunque éstos sean mayores de edad.

Los padres son los que sin limitación de ninguna clase alcanzan la plenitud del derecho para nombrar por testamento tutor á

sus hijos, bien pura y simplemente ó bien bajo condición, siempre que ésta se ajuste á las normas que el Código traza con respecto á las condiciones. El Código no restringe la capacidad de los padres. El Código no establece disposiciones prohibitivas de dicha facultad, y como aquello que las leyes no prohiben está capacitado para hacerlo la persona jurídica, síguese indefectiblemente la exactitud de lo que venimos sosteniendo.

Es de notar que este derecho de nombrar tutor por testamento á los hijos corresponde por igual á los dos cónyuges, guardando siempre la preferencia de que por la naturaleza y por la ley disfruta el varón en la familia. Pero ¿quiere esto decir que si el padre, v. gr., á su fallecimiento, y en su disposición testamentaria, designare tutor á sus hijos para el caso de que falleciese la madre antes de que los hijos habidos llegaren á la mayor edad, quedaría aquélla incapacitada para hacer uso de los derechos que el Código le concede como dimanantes de la patria potestad? En nuestro sentir, no. Una cosa es la hegemonía de que el padre disfruta mientras rige y gobierna la sociedad matrimonial, y otra muy distinta la potestad de la madre, que no puede ser absorbida por el predominio del marido; así, pues, nosotros entendemos que el Código civil, en su art. 206, al conceder á los padres el derecho pleno de nombrar tutor por testamento á sus hijos, limita la facultad al cónyuge supérstite; pues que, de otra suerte, en vez de la concordia é igualdad de los derechos, reinaría un odioso privilegio.

Esta es, por otra parte, la tendencia manifiesta de los Códigos europeos. Sirva de prueba el art. 242 del Código civil italiano, cuyo tenor es el siguiente: «Corresponde el derecho de nombrar tutor pariente ó extraño al padre ó madre supérstites.»

Igual principio se deriva del art. 193 del Código civil portugués, puesto que admite que sólo en defecto ó imposibilidad del padre puede la madre nombrar tutor por testamento.

Por último, comprueba lo dicho el art. 397 del Código civil francés, que establece «que el derecho de elegir un tutor pariente ó extraño corresponde al cónyuge sobreviviente,» palabras que si no son una traducción literal del artículo enunciado, expresan con la suficiente claridad su contenido.

Esta es también, por otra parte, la opinión de los autores. Laurent, tratando de la tutela testamentaria, dice: «La ley concede

este derecho al último superviviente, padre ó madre. De aquí síguese que el primero que fallezca no puede nombrar un tutor testamentario. La tutela pertenece de derecho al superviviente, y ni el padre ni la madre puede privar á su cónyuge de la tutela.» Y es evidente. Cuando viven ambos esposos, los dos comparten en el seno de la familia el poderío sobre los hijos; cuando uno de ellos baja al sepulcro, entonces todo el poder refluye en el que vive, bien sea éste el marido, bien la esposa, ya que afortunadamente, y reivindicando nuestras honrosas tradiciones, hemos llegado á conferir á esta última el derecho que la corresponde. ¿No sería exonerarla del mismo si se le desmembrara, acaso de uno de los más nobles privilegios, de la patria potestad?

Un inciso del artículo que tratamos viene á darnos la razón. Dice así: «En todo caso, será preciso que á la persona á quien se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra.» Y este párrafo, que dada su redacción algo confusa, parece no tener aplicación al caso de que nos ocupamos, tiénela, sin embargo, extraordinaria. Leído á prisa, muchos sin duda estimarán, y no sin motivo, que esta disposición se refiere á los tutores y protutores, cuando á quien hace directa alusión es á las personas que por su minoridad ó incapacidad están sujetos á tutela. Que no concierne á los primeros, lo demuestra la colocación del inciso dentro del art. 206, dedicado exclusivamente á determinar la facultad de los padres y la condición de los hijos á quienes se extiende, y además, que sería una inútil repetición de lo expuesto en el art. 199, en directa relación con el núm. 1.° del art. 237 del Código civil.

El inciso á que nos venimos refiriendo quiere decir que cuando el padre ó la madre hagan uso de su derecho designando tutor por testamento á sus hijos, debe entenderse que si al fallecimiento del primero viviese la segunda, ó viceversa, si al fallecimiento de esta última viviera aquél, la designación no es válida, puesto que el hijo queda sometido á la potestad del sobreviviente, cuya potestad rechaza en absoluto la existencia de la tutela, tanto porque al que tiene padre ó madre no se le debe dar tutor, cuanto porque la designación va aneja al que disfruta de la potestad.

También se refiere el inciso al caso del padre ó madre que designare tutor al hijo que hubiese salido de la potestad por la adopción y estuviese bajo la del padre ó madre adoptante. Cree-

mos que si el nombramiento se hiciera para después de la muerte del adoptante, si aún el hijo fuese menor, valdría la designación hecha por el padre ó la madre natural, porque la potestad sobre el menor no la borran las leyes, es imprescriptible y está presta á retoñar cuando desaparece el obstáculo legal que impedía su desarrollo.

Visto á quiénes corresponde el derecho pleno de designar tutor por testamento á los menores é incapacitados mayores, trataremos del segundo miembro de la división, ó sea de quiénes disfrutan del mismo derecho, pero con ciertas restricciones.

2.º *Quiénes gozan del derecho de nombrar tutor en testamento, pero con ciertas restricciones.*—El Código está claro: gozan de este derecho: 1.º, la madre que contraiga segundas nupcias, para con respecto á los hijos de su primer matrimonio: 2.º, el extraño que instituyese heredero al menor ó le dejase manda ó legado de importancia.

Las restricciones estriban: 1.º, en que no basta la voluntad del que nombra para que desde aquel instante sea válido el nombramiento, puesto que depende, en el caso de la madre que haya contraído segundas nupcias, de que el consejo apruebe el nombramiento; en el del extraño, de que el consejo acepte la herencia ó el legado; 2.º, en que en este último caso es otra restricción la de que el extraño no puede nombrar protutor

Nótase una diferencia importantísima que el Código establece, en atención á la desconfianza que le inspira la mujer que contrae segundo matrimonio, habiendo tenido hijos del primero, desconfianza que si á primera vista parece irritante é injusta, no carece de fundamento, mirada con más despacio. En este caso puede el consejo oponer su veto, rechazando la designación. El derecho de aprobar lleva anejo su contrario de desaprobar, y bien claro está el Código. «El nombramiento que hiciese la madre casada en segundas nupcias para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobación del consejo de familia.»

De otra índole es la restricción impuesta á los tutores nombrados por un extraño que instituyere al menor ó al incapaz, ó le legare una crecida cantidad.

Aquí el consejo no está autorizado para contrariar la voluntad del extraño tocante á la persona del tutor, sino para calificar la cuantía de la herencia ó legado, examinar si tiene cargas ó

no, en una palabra, decidir su aceptación ó repudiación. Aceptada la herencia ó el legado, y resuelto acerca de su importancia, no cabe, sin justa causa de inhabilitación, rechazar la persona nombrada.

Excepcionan el principio de que la tutela testamentaria dimana del derecho de patria potestad estos dos casos de que nos ocupamos. Es cierto que la madre que pasa á segundas nupcias no pierde la potestad para siempre, pero también lo es que pierde su ejercicio mientras no enviude. Así lo manifiesta el art. 168 del Código. Esto no obstante, el legislador ha querido salvar el respeto debido á la madre, conciliándolo con la seguridad de los bienes del menor. Por eso ha optado por el arbitrio de que sea el consejo de familia el que con plenas facultades apruebe el nombramiento ó lo rechace.

Supóngase que la madre designa tutor para sus hijos al segundo marido. Si de su matrimonio con éste hubiese tenido hijos, el esposo careciese de bienes de fortuna, y por el contrario, los menores habidos en la primera unión hubiesen heredado de su padre, ¿no sería temerario admitir de plano y sin discusión el nombramiento hecho por la madre? Claro está, y á cortar estos riesgos tiende el Código, no perdiéndose en el laberinto de situaciones que en la realidad se presentan, sino facultando al consejo de familia para aprobar el nombramiento ó rechazarlo. En este último caso, y á falta de parientes llamados al ejercicio de la tutela legítima, el propio consejo expresado elegirá un tutor dativo.

Contra la resolución que el consejo de familia adopte, tanto cuando desapruebe el nombramiento hecho por la madre, cuanto si aceptando la herencia concedida por el extraño desestima su cuantía y la considera sin importancia, ¿podrá alzarse el tutor ante el Juzgado de primera instancia dentro de cuyo territorio se haya constituído el consejo? En nuestro sentir, evidentemente. El art. 310 del Código no deja lugar al más pequeño asomo de duda. «De las decisiones del consejo de familia, dice, pueden alzarse ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión.» Que de tutor se trata es indiscutible, puesto que ha sido nombrado por testamento. Se le pone tacha á su de-

signación y por eso debe dejársele explícito el camino para que interponga su recurso ante el que pudiera llamarse Tribunal de apelación del consejo.

Hemos dicho que el extraño que hubiese instituído heredero al menor ó al incapaz ó le hubiese dejado manda de importancia, carece de la facultad de nombrarle protutor.

Afirmamos esto, porque el Código en el art. 207 omite todo cuanto pudiera aludir á dicha prerrogativa, y es de notar esto, tanto más, cuanto que en el artículo anterior, ósea el 206, expresa con toda sencillez el derecho de los padres á la designación de tutor y protutor.

Si el Código hubiera querido hacer extensivo el susodicho derecho á los extraños, lo hubiese manifestado.

No habiéndolo hecho así, hay que traducir el silencio negativamente, parando la atención en que se trata de una denegación tácita por cuanto el Código se ocupa del caso, reduciéndolo á los límites que el legislador trazara en su pensamiento.

3.° *Personas á quienes por su incapacidad se les puede nombrar testamentariamente tutor y protutor.*—Del art. 206 se deriva que el padre ó la madre, en su caso, pueden nombrar tutor y protutor tanto á sus hijos legítimos menores ó mayores incapacitados, como á los naturales reconocidos, como á los demás ilegítimos, sin excepción de ninguna clase, siempre que conste la filiación, bien por sentencia firme ó documento indubitado ó probanza del parto é identidad del hijo.

El art. 206 se refiere á los ilegítimos á quienes el padre ó la madre están obligados á alimentar, á tenor del art. 139; pero débese advertir que el art. 140 sólo concede este derecho de los alimentos cuando la filiación se ha probado ó resulta de un modo indudable.

Este es, en nuestro sentir, el significado del art. 206, que al hablar de «hijos ilegítimos,» se ciñe á la filiación comprobada, es decir, á la legal. De esta filiación y del hecho de la paternidad ó maternidad, arranca la facultad de nombrar tutores y protutores. Delicadeza del Código para con los hijos ilegítimos que no compagina bien con la crueldad de que hace gala el art. 143 (véase comentario, tomo III), mostrándose verdaderamente implacable en lo concerniente á los alimentos con esos infelices seres, florecillas silvestres del orden social, nacidas en el impuro sedimento del vicio.

El Código civil menciona á los hijos legítimos en términos generalísimos, sin distinguir las diversas condiciones de estos hijos, tales como la de los emancipados por concesión de los padres, los hijos adoptivos, que consiguientemente han salido de la potestad de sus padres naturales, los hijos póstumos y los desheredados.

a) *Hijos emancipados.*—Someramente vamos á tratar cada uno de estos casos.

Respecto de los emancipados, es sabido que éstos no pueden enajenar ni gravar sus bienes inmuebles, ni tomar dinero á préstamo sin consentimiento del padre, en su defecto de la madre, y en defecto de ambos, del tutor. Ahora bien: ¿podrá el padre ó madre sobreviviente designar en su testamento tutor al hijo emancipado para que supla su personalidad de derecho en las restricciones susodichas, impuestas por el art. 317 del Código civil?

No encontramos inconveniente en que así suceda: es más, lo conceptuamos equitativo; porque si son el padre y la madre los llamados á otorgar el consentimiento, es de rigor que puedan nombrar para después de su muerte la persona que haya de prestarlo.

El art. 206 no distingue, como el 200, entre los menores no emancipados legalmente y los emancipados, ni es tan amplio como el 211, que por efecto de su redacción excluye de la tutela legítima á los menores emancipados; habla sólo de menores y de mayores incapacitados. Ahora bien: el emancipado por concesión de los padres es menor de edad y no obtendrá la plenitud de su capacidad, ínterin no alcance la mayoría. Luego combinando esta regla con la general del art. 200, que sólo excluye de la tutela á los emancipados *legalmente*, hay que reconocer que, con efecto, puede el padre ó la madre designar por testamento tutor á su hijo menor que haya salido de la potestad por emancipación voluntaria.

El Derecho romano decía: *Sed si emancipato filio tutor á patre testamento datus fuerit confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.* Cierto es que la emancipación tuvo su razón política en Roma, y como institución jurídica, notables diferencias con la que nosotros conocemos, pero conserva su carácter esencial de ser el medio por el cual el hijo sale de la po-

testad de su padre. Esto no obstante, y contrariando el principio de que la tutela testamentaria deriva del derecho de patria potestad, concedió Roma á los padres la facultad de designar un tutor testamentario á sus hijos emancipados.

El Código mejicano sigue la pureza de la doctrina, y terminantemente establece no haber lugar á la tutela testamentaria del emancipado; conviene advertir que al otorgar esta facultad, dice en el art. 526: «*Los que ejercen patria potestad*, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento á aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del desheredado y del póstumo.» Optamos, sin embargo, por la interpretación que hemos expuesto, que no tiene más valor que el de una opinión deducida del estudio del Código.

b) *Hijos adoptivos.*—Respecto á si el padre adoptante puede nombrar tutor por testamento al hijo adoptivo, cuestión es que habrá de resolverse por los principios generales del Derecho, puesto que no hay precepto alguno en el Código civil susceptible de aplicación á este caso. El adoptante goza de potestad sobre el adoptivo, pero es una potestad tan limitada y un lazo tan ficticio, cuanto que este último ni siquiera hereda ab-intestato al que le adoptó.

Según nuestro sentir, la condición del padre adoptante se equipara á la del extraño que instituyere heredero al menor ó le dejase manda de importancia, sujeto á las mismas restricciones que éste y á la misma dependencia, relativa á la aceptación de la herencia ó del legado por el consejo de familia. Opinamos que si no le instituyere heredero ni le dejase legado de importancia, no podrá designarle tutor en testamento, pero aun entonces si los padres naturales vivieren y nombraren tutor, en la concurrencia con el designado por el adoptante, sería preferido el primero.

El Código habla sólo del padre y de la madre naturales, no de ese parentesco legal tan desfigurado que por la adopción se crea.

Volvemos á repetir que tampoco tiene este supuesto otro valor que el de una opinión lisa y llanamente expresada.

c) *Hijos desheredados.*—La desheredación del hijo no priva al padre de su potestad; en su consecuencia, puede designarle tutor por testamento.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 177, estableció que el padre podía nombrar tutor en testamento á sus hijos menores,

incluso al desheredado y al póstumo. Otros Códigos, tales como el chileno y el mejicano, han enunciado el mismo principio.

d) Hijos póstumos.—Tocante al hijo póstumo, la cuestión varía. El proyecto de 1851 estableció la facultad del padre para este caso, porque no reconoció la potestad de la madre. El Código chileno sanciona la misma regla, porque de igual suerte niega la potestad materna. El Código mejicano se inspira en la misma doctrina, porque considera que la potestad del padre sobre sus hijos no puede sufrir desmembración ninguna. El Código civil español no menciona el caso; pero, á nuestro juicio, el padre no puede nombrar tutor al hijo que aún permanezca en el claustro materno, porque en el instante que nazca, si el padre ha fallecido, la madre será la que ejerza la potestad sin restricción ninguna ínterin se conserve viuda. Así, pues, la madre disfrutará de la facultad de nombrar en su testamento tutor para el hijo póstumo.

Esta es, sin duda, la razón que nuestro Código ha tenido para no incluir entre sus artículos el expresado 177 del proyecto de 1851.

4.° *Extensión del derecho de nombrar tutor por testamento.*—El número 4.° de la división que hemos hecho de este comentario está destinado á tratar de la extensión del derecho de nombrar tutor.

Distingamos entre los padres y los extraños. Los primeros, á tenor del art. 208, pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos y hacer diversos nombramientos para que se sustituyan los nombrados. Los segundos, teniendo en cuenta el intencional silencio del Código, no pueden designar más que uno.

No contradice esto el principio de la unidad de la tutela, consignado en el art. 201, toda vez que el Código exige tantas personas cuantos sean los tutores. Para que pueda tener lugar el caso que prevé el Código, será preciso que los padres designen especialmente para cada uno de sus hijos el tutor elegido, y cuando designaren varios, de la propia manera, que marquen, con la debida claridad, el orden de la sustitución.

Si así no lo hicieren, se exponen á que su voluntad quede incumplida, porque el Código, con tendencia manifiesta y digna de encomio á la unidad tutelar, preceptúa que en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos, y se

discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento. Sean, pues, los padres cuidadosos de no insertar en su testamento cláusulas oscuras y que se presten á ser interpretadas en diversos sentidos. Digan con toda sencillez si su deseo es nombrar un tutor para cada uno de sus hijos. Nombro á Ticio para tutor de mi hijo *A*, y á Sexto para tutor de mi hijo *B*, y á Cayo y á Sabino para que entren en el desempeño de la tutela de mis dos expresados hijos, en el mismo orden que los nombro, si falleciese alguno de los referidos Ticio y Sexto.

Así evitarán cuestiones y su deseo se verá satisfecho en beneficio de los hijos.

Cuestiones.—Para terminar el actual comentario, vamos á delinear brevísimamente tres cuestiones, como las llamaría Rogrón, concernientes á este artículo:

Primera. Nombrándose un tutor para cada uno de los hijos, ¿habrá necesidad de constituir tantos consejos y designar tantos protutores cuantos sean los sometidos á tutela?

Distingamos. Si los padres, haciendo uso del derecho que les confiere el art. 294, nombran en su testamento y para cada uno de sus hijos aquellas personas que han de constituir el consejo, ó en otros términos, si nombran tantos consejos como hijos, entonces indiscutiblemente la voluntad paterna no podrá ser contrariada por lo mismo que no es contraria de la ley.

Si no ejercitasen el expresado derecho, el caso es distinto, puesto que en defecto del consejo de familia, que pudiéramos llamar testamentario, viene el legítimo, compuesto, según manifiesta el art. 294, de los ascendientes y descendientes varones y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número, completando los cinco que la ley requiere con los parientes varones más próximos de ambas líneas, paterna y materna, y en defecto de estos parientes con personas honradas, nombradas por el Juez municipal, prefiriendo á los amigos del menor ó del incapacitado. Ahora bien: al tratarse de varios menores hermanos, se dará el caso de que los parientes llamados por la ley á la constitución del consejo, estarán todos á igual distancia, por lo que atañe al parentesco, de los mencionados hermanos, y como no hay razón abonada para que los unos disfruten de un consejo y los otros que tienen iguales derechos, de otro, lo equitativo es que el protutor y el con-

sejo, sean uno solo, respetándose empero la designación hecha testamentariamente de los diversos tutores de los hijos.

Así opinamos en este particular.

Segunda. Usa el Código en el art. 208 que comentamos, la siguiente frase, en la que vamos á parar la atención por breves momentos: «para *que se sustituyan* unos á otros los tutores nombrados.»

El verbo sustituir empleado significa, según el Diccionario de la Academia Española, poner una persona ó cosa en lugar de otra. Subrogar, cambiar, reemplazar. Así, pues, la generalidad de la palabra empleada autoriza tanto para interpretar el artículo en el sentido de que su tendencia manifiesta es que la sustitución no se produzca sino por causa de muerte ó remoción, como á sostener que el significado gramatical y jurídico del verbo sustituir es compatible con el reemplazo de los tutores antes de la extinción de la tutela, debido exclusivamente á la voluntad de los padres. Nosotros echamos el peso de nuestra opinión hacia este lado, porque, en efecto, entendemos que la ley de la tutela es la voluntad paterna ó materna expresada en testamento, y por otra parte, conocida es nuestra opinión de que los nombramientos pueden hacerse pura y simplemente ó bajo condición.

Si el padre al morir nombrase á Ticio hasta que el hijo cumpliera los catorce años y á Quinto desde los catorce hasta la emancipación por matrimonio ó mayoría de edad, es criterio nuestro que llegado á los catorce años, Ticio será reemplazado por Quinto, debiendo rendir el primero al segundo sus cuentas generales, á tenor de lo preceptuado en el art. 280 del Código civil, cuyo literal contexto es como sigue: «El tutor que *sea reemplazado* por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace, etc.»

De esta manera se explica claramente la sustitución de que se ocupa el art. 208, cuanto que á mayor abundamiento, el concepto del verbo sustituir supone la existencia de dos personas ó cosas, una de las cuales reemplaza á la otra, mas conservando ambas vida propia. Así es que la sustitución es un término que hace relación á la existencia de los dos sujetos: el que sustituye y el sustituído.

Tercera. Necesita el Código una pequeña aclaración. Da motivo á la misma el uso inoportuno de una voz. Dice el segundo y

último párrafo del art. 208, que «en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor y *se discernirá* el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.»

Discernir, según el Sr. Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, es encargar el Juez de oficio á alguno la tutela de un menor ú otro cargo.

Es verdaderamente curioso lo sucedido con el discernimiento de los tutores testamentarios nombrados por los padres.

La ley 3.ª del tít. XVI de la 6.ª Partida estableció este derecho de los padres y abuelos, lisa y llanamente, sin exigir como requisito indispensable la confirmación del nombramiento por el Juez. Esta doctrina vino á ser corroborada por la ley 8.ª del propio título y Partida, la que al ordenar que el guardador que el padre da á sus hijos naturales «non deue usar de tal guarda sin mandado del Juez,» claramente daba á entender que los guardadores de los hijos legítimos no necesitaban tal confirmación ó mandato. Y para que no pudiera suscitarse duda alguna, y la doctrina de las leyes citadas entrara en el cauce de los principios jurídicos indiscutibles, vino una sentencia del Tribunal Supremo á sellar con su autoridad los labios de los discutidores. «Considerando, dice, que los tutores testamentarios dados por el padre á sus herederos é hijos legítimos no han menester que el Juez les discierna el cargo para desempeñarlo válidamente, según se deduce de la ley 8.ª, tít. XVI, Partida 6.ª, la cual exige dicho requisito para los casos en que el padre da guardador á sus hijos simplemente naturales.» (Sentencia de 22 de Abril de 1862.)

Así las cosas, promúlgase la ley novísima de Enjuiciamiento, y el precepto de una ley sustantiva; precepto que, como muchos del Código que comentamos, era la manifestación adjetiva del principio sustantivo, vino á tierra derogado por una ley de procedimiento, en cuyo art. 1.833 se lee: «Acreditado el nombramiento de tutor hecho en disposición testamentaria por el padre ó la madre del menor, mandará el Juez que se le discierna el cargo sin exigirle fianzas, si se le hubiere relevado de darlas.

En esta labor de hacer y deshacer pone su granito de arena el nuevo Código. Reforma sustancialmente la tutela, arrebata al Juez facultades que de antiguo tenía y se las confiere al consejo.

El Juez, con audiencia del tutor ó curador nombrado y del Fiscal, resolvía antes acerca de si el desempeño de la tutela ha-

bía de entenderse frutos por alimentos ó señalarse una cantidad determinada (art. 1.861 de la ley de Enjuiciamiento civil). Hoy es el consejo de familia el que decide de la pensión alimenticia, en vista del inventario, ó el que hace la declaración de que se compensen frutos por alimentos (art. 268 y párrafo 4.° del artículo 290). Antes el Juez fijaba el tanto por ciento que había de percibir el tutor en remuneración de su cargo (art. 1.862 de la ley de Enjuiciamiento civil). Hoy compete esta facultad al consejo (art. 276). Finalmente, el Juez era el que tenía competencia para requerir al tutor á que prestara la fianza que considerase necesaria, y el que podía disponer la inscripción de los bienes raíces ó del depósito de los valores en que aquélla consistiera (artículos 1.865 al 1.867 de la repetida ley de Enjuiciamiento). La competencia para la práctica de todos estos preliminares de la tutela radica hoy, como en las anteriores atribuciones expresadas, en el consejo, con la intervención, en algunos casos, del protutor, los vocales y hasta del mismo tutor (cap. VIII, que se ocupa del afianzamiento de la tutela). Practicadas estas diligencias (art. 1.868 de la ley de Enjuiciamiento), acordaba antes el Juez el discernimiento del cargo. Ahora el art. 261 del Código establece que «el consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores».

Al expresar el art. 208 que en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor y *se discernirá el cargo* al primero de los que en el nombramiento figuren, ¿qué ha querido decir? ¿Que se practiquen las diligencias que previene la ley de Enjuiciamiento en la sección que trata del discernimiento de los cargos de tutor y curador? No. El empleo indiscreto de la voz discernir no puede autorizar una violación del Código tan grande como la que se consumaría desoyendo su espíritu y contrariando la letra de los artículos citados más arriba. Discernir el cargo en esta ocasión equivale á que el consejo considere como único tutor al que primero aparezca en el nombramiento, y entienda con él las diligencias concernientes á determinar la pensión, constituir la fianza y señalar el tanto por ciento que retribuya los desvelos del tutor. Suprimiendo la frase *y se discernirá el cargo*, hubiera ganado mucho la claridad del artículo, sin menoscabo de su contenido legal.

Concluímos lamentándonos una vez más de la poca propie-

dad del tecnicismo empleado por los redactores del Código y de la discordancia que á simple vista se nota entre la naturaleza de la tutela tal como hoy se encuentra en nuestro Derecho, y este peligroso ingerto de otra legislación ya muerta, que puede conducir á desvirtuar la institución. No hay que olvidar las palabras de Montesquieu, de que las leyes deben estar en armonía con el objeto del legislador y con aquel orden de cosas respecto de las cuales han sido promulgadas.

Derecho vigente. —*Civil.*—1.° Pueden nombrar tutor y protutor por testamento ó disposición, revestida de las solemnidades del testamento ológrafo, para sus hijos menores ó mayores incapacitados, bien pura ó simplemente ó bajo condición, el padre ó la madre supérstite.

2.° Puede nombrar tutor y protutor á sus hijos naturales reconocidos aquel que hubiere efectuado el reconocimiento. En el caso que el padre y la madre lo hubieren reconocido conjuntamente, se seguirá la misma regla expresada en el número anterior.

3.° Puede nombrar tutor y protutor á los hijos ilegítimos, si su filiación estuviere comprobada, aquel de los padres cuya paternidad ó maternidad resulte de una sentencia firme ó documento indubitado. Si el padre se ignorara y el hecho del parto é identidad del hijo se hubiere demostrado, es evidente que en la madre recae el derecho de nombrar tutor á su hijo ilegítimo en quien no concurra la condición de natural, es decir, nacido fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción estaban ligados con vínculo natural ó religioso sin dispensación.

4.° Puede también nombrar tutor y protutor á los hijos habidos en su primer matrimonio la viuda que haya contraído segundas nupcias; mas para que surta sus efectos jurídicos el nombramiento, es indispensable que el consejo apruebe la designación.

5.° Puede nombrar tutor, pero no protutor, á los menores ó incapacitados mayores de edad, aquel que les instituyere heredero ó les dejare manda de importancia, quedando á la apreciación del consejo de familia la estimación de la cuantía de la herencia ó legado y su aceptación ó repudiación.

6.° Sólo los padres pueden nombrar varios tutores á sus hijos al efecto de que se sustituyan los nombrados, así como designar

un tutor para cada uno de los hijos; mas si hubiere duda respecto á la sustitución, se entenderá nombrado tutor único el primero que aparezca en el nombramiento.

ART. 209. Si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo:

1.° Al elegido por el padre ó por la madre.

2.° Al nombrado por el extraño que hubiese instituído heredero al menor ó incapaz, si fuere de importancia la cuantía de la herencia.

3.° Al que eligiere el que deje manda de importancia.

Si hubiere más de un tutor en cualquiera de los casos 2.° y 3.° de este artículo, el consejo de familia declarará quién debe ser preferido.

Concordancias.—Igual al art. 175 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 210. Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Si el tutor que nuevamente apareciere fuese el nombrado por un extraño comprendido en los números 2.° y 3.° del artículo anterior, se limitará á administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vaque la tutela en ejercicio.

Concordancias. — Análogo al art. 176 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 209 Y 210.—La doctrina legal de estos dos artículos exime del penoso trabajo del comentario, porque su sencillez extraordinaria le reduciría á una mera paráfrasis de los referidos preceptos. En el proyecto de 1851 no se previó este caso, que hoy resuelve con sencillez digna de alabanza y previsión, tanto más encomiable cuanto más rara, nuestro vigente Código civil.

Desde el instante que se concediera al extraño derecho de nombrar por testamento tutor para el menor á quien instituyese heredero ó le dejase manda de importancia, tenía que surgir en la mente del legislador el caso de que concurrieran el tutor nombrado por el padre ó la madre y el designado por el extraño. La preferencia no podía ser dudosa, y el Código se inclinó hacia donde hallaba más seguridades, atendiendo á que, como dice Laurent con galana frase, «el amor paternal es la más fuerte de todas las garantías». Por eso dió el segundo lugar al nombrado por el extraño, eligiendo no obstante, entre el que instituyere heredero al menor ó sólo le dejase manda de importancia, al primero sobre el segundo, y dejando á la decisión del consejo de familia resolver acerca del tutor que haya de desempeñar la tutela cuando concurrieren varios nombrados por diferentes personas, comprendidas en los casos 2.° y 3.° del artículo que comentamos.

Estudiemos ahora los artículos que comentamos desde el punto de vista de su aplicación práctica, y resolvamos con ajuste á nuestro criterio los diversos aspectos en que la realidad se nos puede ofrecer.

Supongamos que el padre y madre otorgan su testamento, y sin consideración á la contingencia de cuál de ellos fallezca primero, designan tutor para sus hijos á personas distintas; la madre, por ejemplo, á *B* y el padre á *X*.

En este estado de cosas, una epidemia combate furiosamente la población en que los testadores residen, y ambos fallecen con intervalo de momentos, sin poderse precisar por efecto de las angustias consiguientes á una situación como la supuesta, cuál de los dos cónyuges falleció primero.

Atenerse á la certificación del Registro y á la primacía caprichosa que de ella resulte, es ciertamente un remedio muy espeditivo; pero equivale á cimentar un derecho sobre base tan deleznable como la casualidad.

Pero llevemos más adelante nuestra suposición, y admitamos que en las certificaciones de defunción consta la misma hora.

¿Cuál de los dos tutores será preferido?

A nuestro juicio, el nombrado por el padre. No sobreviviendo la madre, la preferencia que la ley otorga á la masculinidad se impone necesariamente, con tanto más motivo cuanto que por el fallecimiento simultáneo de ambos cónyuges desaparece con ellos todo derecho de patria potestad y no es factible lesión ninguna de las prerrogativas de la madre.

El caso que hemos puesto de muerte simultánea por epidemia puede hacerse extensivo con mucha mayor razón á circunstancias idénticas sobrevenidas en algún accidente ferroviario, en un desplome de edificio, en naufragio, etc.

El art. 209 del Código, en el inciso de su tercer caso, sólo puede tener aplicación en la poco probable concurrencia de dos tutores elegidos por extraños. La simultaneidad es, por tanto, condición *sine qua non*, porque sólo existiendo la concurrencia simultánea puede el consejo de familia *elegir* el tutor más provechoso á los intereses del pupilo.

Si un tutor nombrado por un extraño entrase en posesión de su cargo, y con posterioridad otro extraño, llevado de su afecto hacia el incapaz, le instituyese heredero, nombrándole también tutor, no hay para qué decir que mientras el primero cumpliere con su deber sin incurrir en causa de inhabilitación ó remoción, el segundo nombramiento no surtiría eficacia de ningún género.

Así es que debiendo tomar como punto de arranque la circunstancia singular de dos tutores que concurren simultáneamente, ó lo que es lo mismo, admitiendo que Fortuna, la veleidosa hija del Océano y de Tetis, concediese sus halagos y favores á un menor ó incapacitado, otorgándole dos herencias ó dos legados cuantiosos, veamos las variantes que este caso puede presentar. El Código civil deja al sano juicio del consejo de familia la elección. Se trata, pues, de una facultad completamente discrecional. Pero ¿quién duda que la discreción, si ha de ser tal y no puro capricho, debe subordinarse á las reglas no escritas de la equidad y de una crítica racional?

Concurriendo, pues, dos ó más tutores nombrados testamentariamente por extraños que hubieren instituído heredero á un menor ó dejadole manda de importancia, puede ocurrir: 1.°, que

la fecha del otorgamiento de los testamentos sea distinta, es decir, una anterior y otra posterior; 2.°, que aparezcan otorgados, uno por un pariente, otro por un individuo completamente ajeno á la familia, ó por dos parientes de línea ó grado diverso (presentamos este caso en consideración á que la voz *extraño* empleada por el Código civil es aplicable á los parientes á quienes la ley no confiere la tutela legítima); 3.°, que concurran tutores nombrados por extraños que hubiesen instituído heredero al menor; pero que entre el caudal de las respectivas herencias medie notable diferencia, ó siendo aproximado, los bienes en que consistan sean unos de condición mueble, v. gr., metálico, y los otros de naturaleza raíz; 4.°, que la concurrencia simultánea sea de tutores designados por extraños, uno de los cuales hubiere legado al menor ó incapaz, v. gr., 100.000 pesetas, y el otro instituídole heredero, no ascendiendo la herencia más que á 25.000 por ejemplo.

Es de advertir, y en rigor huelga el apercibimiento, que las soluciones que demos á los casos propuestos se basan en los principios generales del derecho, toda vez que no hay preceptos escritos que los resuelvan, y, como antes indicábamos, la discreción, para merecer tal nombre, debe atemperarse á un criterio justo y equitativo. La regla primera á que hay que atender es la importancia del caudal. El Código civil, adoptando necesariamente un convencionalismo, estima que á mayor caudal mayor cariño; de suerte que ya puede un pegujalero dejar su pobre tierra ó su escaso rebaño á un menor, ya puede ser el más cariñoso de los ajenos á la familia; su exigua herencia tal vez sea aceptada, pero si se aventurara á nombrar tutor, su designación no será eficaz en derecho. ¿Por qué? Porque el caudal no es de importancia. Compruébese, pues, cómo el Código desdeña la importante presunción del cariño y busca el positivo resultado económico de mayor utilidad para el menor ó el incapaz, cuanto más crecida sea la suma legada.

Esta regla no es, sin embargo, absoluta; es decir, no significa que en la improbable concurrencia de dos herencias cuantiosas, una de las cuales exceda de la otra, haya el consejo imprescindiblemente de aceptar la de caudal más crecido, porque hay otros datos de importancia, tales como la persona del testador, sus relaciones con el sometido á tutela, y aun la misma

individualidad del tutor, cuyos datos, apreciados desde el punto de vista de la conveniencia del menor ó incapaz, tanto por lo que afecte á su persona como á sus bienes, han de influir en la decisión final que adopte el consejo.

Estas excepciones no privan de universalidad á la regla expuesta, porque toda universalidad es relativa; la despojan ciertamente de imperio y de necesidad, puesto que no se trata de un precepto fatal y necesario.

Hechas estas observaciones, vamos á tratar los cuatro casos con la mayor brevedad.

Primer caso.—Dos testadores instituyen heredero á un mismo menor ó le legan suma de importancia. La cuantía de ambas herencias ó legados es aproximada; las relaciones de los testadores para con la familia del instituído fueron estrechas, más aún, íntimas; las pruebas de afecto y solicitud con el menor ó incapaz de igual valía. Son, pues, dos tutores que ostentan idéntica ejecutoria, título de igual estimación. ¿Qué regla de sana crítica debe emplear el consejo de familia para resolver? Salvo extrañas influencias del azar, que á veces se complace en contrariar las normas comunes de los actos, será lo más corriente que los testamentos aparezcan otorgados en días y acaso en meses y años distintos. Hay un principio que declara que quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho, y la lógica jurídica dice, con respecto al caso de que se trata, que en la imposibilidad de una justa elección, motivada por la apreciación de circunstancias dignas de estima, y que redunden en beneficio del sometido á tutela, debe el consejo determinarse por el precepto del principio jurídico expuesto, eligiendo tutor al nombrado por el extraño que primero otorgó su testamento. Aparte de la razón de derecho, hay otra que tiene cierto tinte moral, y es que como el afecto personal se manifiesta por los actos, es evidente que el primer otorgante, en este pugilato del cariño, mostró su voluntad más prontamente, como si pretendiera consolidar la idea encarnándola en un hecho, para que el tiempo y la muerte se encargaran de efectuarla. Si la previsión es, como sostienen los moralistas y los psicólogos, la más elocuente prueba del verdadero cariño, no se puede negar que el otorgante que antes provea al anhelo de su voluntad, movida por el sentimiento de ternura que le embarga, es el más acreedor á que el consejo de

familia confirme el nombramiento de tutor hecho en el testamento.

Segundo caso.—Supongamos dos testamentos otorgados por dos parientes de distinto grado ó por un extraño y un pariente, y admitamos que la cuantía de la herencia ó del legado sea aproximada. Los tutores nombrados por uno y otro concurren simultáneamente ante el consejo solicitando la aceptación de la herencia, y en su consecuencia la confirmación del nombramiento. ¿Por cuál de ellos deberá pronunciarse el consejo de familia? Como nuestros lectores observarán, la resolución es muy sencilla, porque no hay más que adoptar la misma presunción que el legislador acepta cuando al establecer la tutela legítima gradúa la preferencia en el llamamiento por la proximidad del parentesco, considerando que á mayor cercanía, mayor cariño, y á mayor distancia, más indiferencia. Así, pues, cuando los tutores concurrentes hayan sido nombrados por parientes de línea distinta será preferida la paterna, y si aquéllos fueren de diverso grado, deberá ser preferido el nombramiento hecho por el de grado más próximo al menor.

Volvemos á repetir que las hipótesis que presentamos constituyen reglas generales que tienen excepciones justificadísimas cuando concurran circunstancias especiales que escapan á la mayor perspicacia.

Tercer caso.—Partimos del supuesto de que las herencias ó los legados, aun siendo de consideración, aun pudiendo reputarlas de cuantiosas, no sean aproximadas, sino que entre ambas exista una diferencia considerable. El caso no hay más que enunciarlo para resolverlo, porque el Código civil da la pauta para ello. Atiende éste á la importancia del caudal, y como la importancia es un término relativo que, puesto en comparación con otro de mayor cuantía, pierde aquél en estimación cuanto éste le aventaje, es obvio que el consejo de familia se plegará á la voluntad del legislador eligiendo tutor al nombrado por el testador cuya herencia ó legado ascienda á mayor cantidad.

Cuarto caso. Si concurriesen el tutor nombrado por un extraño que hubiese instituído heredero al menor y el elegido por el que le hubiese favorecido con un legado de importancia: Si el legado fuese, por ejemplo, de 20.000 duros y la herencia sólo de 10.000, ¿cuál de los dos tutores será preferido?

El Código se inclina resueltamente hacia el lado que reporte mayor ventaja pecuniaria.

Nosotros, si miramos por el objetivo del cariño para la determinación del tutor, nos inclinamos al designado por el que le instituye heredero; si por la importancia del capital, al elegido por el que le hubiere dejado la manda ó legado. Después de todo, el Código desdeña la importante presunción del cariño y busca el positivo resultado económico de mayor utilidad para el menor ó el incapaz, cuanto más crecida sea la suma legada. Si solamente le guiara la demostración del mayor celo y solicitud por el menor, no se hubiera redactado el artículo condicionalmente, sino omitiendo todo cuanto dijera relación á la cuantía del caudal por el que se instituye al menor ó se le nombra legatario

El Sr. Manresa, en sus comentarios, difiere de este criterio, y considerando que la facultad concedida al extraño es en atención á su predilección y cariño hacia el menor, y la demuestra mayor el que sin cercenar nada de su hacienda, se la deja toda, concluye que aun siendo el legado de muy superior entidad á la herencia, se ha de seguir siempre el orden del artículo.

Algo de puritanismo es esto, y el Código civil no peca, ciertamente, de puritano. Nosotros creemos que el Sr. Manresa se aventura demasiado al sentar un precepto único para un caso que queda á la discreción del consejo de familia, y que de adoptar ciegamente aquella teoría, habría situaciones en las que el menor resultaría gravemente perjudicado. ¿Y por ventura el Código, por devoción á un principio, admite la posibilidad de que el incapaz sea lesionado en sus intereses? En modo alguno. Además, que el Código civil no se guía sólo por la presunción del cariño, y la prueba está en que tanta predilección y solicitud demuestra el que instituye heredero á un menor y sólo tiene un capital exiguo, y el que procede igualmente, pero atesora un caudal cuantioso. Sin embargo, el segundo tiene derecho de elegir tutor por testamento y el primero no. He ahí por qué no es lícito aceptar sin excepciones justas el criterio del docto comentador antes citado. Y no concluyen con los dichos nuestros argumentos. Supongamos una persona que quiera con ternura á un incapaz, ó á un menor, que se desviva y cele como pudiera hacerlo un padre de familia, y que, sin embargo, no pueda ins-

tituirlo heredero porque los tenga forzosos, v. gr., un célibe empedernido, cuyos padres vivan, y un menor huérfano. El célibe otorga testamento, salva la legítima de los ascendientes, y el resto lo lega al menor.

El legado es, v. gr., de un millón, y concurre con una herencia de 10 000 duros. Si el primero no le instituyó heredero universal fué porque la ley le imposibilitaba. ¿Cuál de los dos demuestra más cariño? A lo menos hay que reconocer que ambos se igualan. Pero ¿el consejo de familia habrá de elegir tutor al nombrado por el que le instituyó heredero, perjudicándole en 40.000 duros?

No es éste el espíritu del Código, y por eso aceptamos un temperamento ecléctico, impuesto por la naturaleza del caso, y concediendo la preferencia al elemento positivo sobre el moral, creemos que el consejo de familia, atendidas las circunstancias, puede separarse del orden trazado por el Código, concediendo preferencia al legado, si es más cuantioso que la herencia.

El art. 210 encierra una doctrina sencillísima. Si hallándose en ejercicio un tutor, sea el que sea, puesto que el Código no distingue, apareciere el designado por el padre, acto continuo se le transferirá la tutela, cesando el primero en el desempeño de su cargo y rindiendo sus cuentas al que le reemplace, según dipone el art. 280.

Esta parte primera del artículo adolece de una gravísima omisión, tal la entendemos nosotros, que acaso origine dudas que se traduzcan en pleito. Si hallándose en ejercicio un tutor dativo apareciese el designado por la madre, ¿cesará aquél en el desempeño de su cargo tutelar y se le transferirá la tutela al que hubiese aparecido?

El Código civil calla en absoluto, y su silencio significa exclusión. Si es así, merece enérgicas censuras. ¿Qué razón hay para otorgar al padre un derecho que dimana de la patria potestad y negárselo á la madre, que asimismo disfruta de ella? ¿Por qué la voluntad paterna ha de respetarse y no la materna voluntad? Si tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor por testamento á sus hijos menores, mayores incapacitados, naturales reconocidos é ilegítimos, cuya filiación estuviese probada, y estos tutores tienen preferencia sobre los legítimos y dativos, puesto que sólo á falta de los primeros se nombran los segundos, es

evidente que siendo iguales las facultades, iguales deben ser sus consecuencias jurídicas. La preferencia de que se ocupa el artículo 211 deriva del derecho al nombramiento; es así que el padre y la madre disfrutan de este derecho, luego no puede ser más lógica la conclusión que se deduce de las dos premisas anteriores; la preferencia debe alcanzar así al tutor nombrado por el padre como al elegido por la madre.

Esta funesta inconsecuencia del Código no podemos menos de atribuirla á olvido. Si hay alguna causa oculta, confesamos paladinamente que nuestros esfuerzos han sido vanos para encontrarla y que debe ser tan sutil y transparente, que sólo á inteligencias poderosas esté reservado percibirla.

Si el tuto que *nuevamente apareciere,* dice el Código, y pase la impropiedad de la frase en gracia á la *novedad*, fuese el nombrado por un extraño que hubiese instituído heredero al menor ó le hubiese dejado manda de importancia, el tutor aparecido se limitará á administrar los bienes *del que lo haya nombrado*, mientras no vaque la tutela en ejercicio. Esto dice el Código, y esto entendemos nosotros que es un *lapsus* originalísimo y otra inconsecuencia.

Veamos el primero. La tutela se defiere por testamento; luego es indispensable para que aquélla pueda tener lugar que la muerte del testador haya ocurrido, porque, según dice el art. 667, se llama testamento el acto por el cual una persona dispone *para después de su muerte* de todos sus bienes ó de parte de ellos. Ahora bien: por virtud de la herencia los bienes del testador se transmiten en pleno derecho al heredero. Luego si el tutor entra, como no puede ser menos, en el desempeño de su cargo, cuando el testador ha fallecido y los bienes han pasado á poder del menor ó incapaz instituído, ¿cómo administrará el tutor testamentario los bienes del que le nombró, si ya éste rindió su cuerpo á la tierra y los bienes son del heredero ó legatario?

Y no es lo más grave esta imposibilidad de hecho y de derecho que surge de la interpretación literal. Si el tutor administrara los bienes del que le nombró, y éste sólo hubiera dejado un legado al menor, resultaría que, por virtud del texto del artículo, no sólo administraría el tutor los bienes en que el legado consistiere porque pertenecieron al testador, sino los demás bienes de éste, halláranse donde se hallaren, v. gr., en poder de un

mayor de edad que de buenas á primeras se encontraría con un administrador llovido del cielo por obra y gracia del Código civil y sus defectos. Esto podrá ser una fantasía; desde luego; pero está escrita sobre el pentágrama que nos brinda el art. 210.

El Código ha debido decir: «Si el tutor que apareciese fuese el nombrado por un extraño al menor ó incapaz á quien hubiese instituído heredero ó dejádole manda de importancia, se limitará á administrar los bienes en que consista la herencia ó el legado mientras no vaque la tutela en ejercicio.» Pero no lo ha dicho, y ya han visto nuestros lectores las consecuencias erróneas que se siguen de acomodarse al texto literal.

La inconsecuencia á que hemos aludido la hallamos en que con esta intervención se quebranta el principio de la unidad de tutor que sanciona el art. 201. En efecto, pudiera suceder que el menor ó el incapaz, y éste será, á no dudar, el caso más corriente, no tuviese otros bienes que los heredados. Entonces la división de funciones se impone. El tutor primeramente nombrado cuidará de la persona; el segundo tutor, ó sea el aparecido, administrará los bienes, y como aneja á la tenencia de éstos y á su administración van ciertas facultades, como, v. gr., las que mencionan los números 5.°, 6.°, 7.°, 8.° y 9.° del art. 269 del Código, al cabo podremos incidir de lleno en el perjuicio grave de dos tutores enemistados, y la dualidad de guardadores será un hecho á pesar de los buenos oficios del Código. Concluye el artículo con estas palabras: «mientras no vaque la tutela en ejercicio.»

Y cuando vaque, ¿será el tutor único? Así creemos, aunque no hubiera estado demás que el Código lo hubiera dicho.

CAPÍTULO III

DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Cuando los padres no hacen uso del derecho de designar por testamento un tutor á sus hijos, viene la ley á llenar este vacío cumpliendo con la misión social en la forma que ya dijimos en la introducción de este tomo, es á saber, estatuyendo las reglas y dejando á los individuos el cumplimiento de las mismas.

Cuando subsistía la división romana de tutela y curatela, el contenido de la tutela legítima era sumamente reducido, puesto que sólo abarcaba la tutela de los menores. Desaparecida la distinción, refundidos los cargos, se ha ensanchado el círculo, y hoy se agrupan dentro de los amplios moldes de la ley diversas tutelas de incapacitados, tales como la del sordomudo, la del loco, la del pródigo y la del que sufre la pena de interdicción civil.

Es digno de llamar la atención que el Código haya tratado de la tutela de los incapacitados en diversas secciones de un capítulo que denomina tutela legítima. No parece sino que ha querido dar á entender que la tutela de los incapacitados es por naturaleza limitada á los parientes llamados por la ley, y en su defecto dativa. Y seguramente que no iríamos descaminados al

suponer esto si el Código se amoldara á sus precedentes y á la naturaleza de la tutela del loco y sordomudo. La ley 13, tít. XVI, Partida 6.ª, cuando se ocupa de la curatela, dice que el curador *non deue ser dexado en testamento.*

Por costumbre se admitía la curatela legítima, llamando á los parientes al ejercicio de la misma, cuando la ley de Enjuiciamiento civil trató de la curatela ejemplar, y omitiendo, por contraria á la naturaleza de esta curatela, la designación de curador testamentario, llamó, en el art. 1.849, al padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado, y en defecto de estas personas confirió facultad al Juez (art. 1.850) para elegir á la que estimara más apta, prefiriendo al pariente ó amigo del incapaz. Admitió, pues, la curatela ejemplar legítima y dativa; pero excluyó la testamentaria, como ya antes lo habían hecho las leyes de Partida.

Nadie dudará que la tutela del loco, del pródigo y del interdicto ha venido á suplir hoy á la curatela que se llamó ejemplar.

¿No significa esto mismo que acabamos de manifestar, ó sea que la tutela de los locos, pródigos é interdictos, es legítima por naturaleza, el hecho muy expresivo de incluirlas dentro del capítulo que de la tutela legítima se ocupa, constituyendo diversas secciones del mismo?

Según nuestro criterio, sí.

¿Cómo conciliar esta doctrina con la base 7.ª y con el art. 206, que dice que «el padre puede nombrar tutor y protutor por testamento para sus hijos menores y para los *mayores incapacitados?*»

No hay que buscar armonías allí donde la ley, de acuerdo con la base, pone singular empeño en aparecer en discordia consigo misma y con su respetable tradición consagrada por el dictamen de los legisladores antiguos.

En pura doctrina jurídica, la tutela de los incapacitados es antagónica de la designación testamentaria; pero allá van leyes do quieren legisladores.

Algunos ejemplos nos servirán para demostrar la verdad de nuestro dictamen, más que todas las consideraciones de orden teórico que pudiéramos explanar.

Por de contado, y á pesar de su absoluta incapacidad, sabemos que el loco mayor de edad está fuera de la patria potestad. Un Código americano, adoptando un criterio rigurosamente lógico y científico—el Código de Guatemala—prolonga la potestad paterna mientras dure la incapacidad del demente. Mas como esta teoría no la ha planteado nuestro Código novísimo, tenemos que aceptar el hecho, rigurosamente exacto, de que el demente que no puede por su incapacidad ni cuidar de su persona ni dirigir sus bienes, queda por la mayoría de edad emancipado.

Supongamos que *A*, padre del demente y tutor en ejercicio, nombra tutor testamentario á *X*. Admitamos también que el incapacitado tiene madre, *B*. Fallece *A*, y de un lado concurrirá el tutor extraño *X* y la madre *B*. ¿No pregona el absurdo de la tutela testamentaria la sola indicación de esta concurrencia? Y sin embargo, aquí no se pueden repetir los argumentos de que al que tiene padre ó madre no se le puede nombrar tutor, y mucho menos el de que se lesionaría una de las más excelsas prerrogativas de la potestad de la madre, porque

acabamos de demostrar que la patria potestad se extingue cuando el demente alcanza la mayor edad.

Pero es que, si reconocemos que el padre no puede nombrar tutor testamentario si vive la madre, porque es ésta á la que á tenor del art. 220 le corresponde la tutela, debemos asimismo reconocer, para que no se nos tache de arbitrarios en el discurso, que se trata de una tutela legítima por cuanto hay precisión de subordinarse á un orden en el llamamiento, que deriva por línea derecha de la ley y no de una potestad inexistente.

Otra prueba de nuestra tesis es la construcción del artículo 220.

¿Por qué en el orden del llamamiento legal se antepone el cónyuge á los padres? ¿Cómo se explica esta preferencia, sino es porque en todo caso debemos ceñirnos, cuando de la tutela de un demente se trate, al artículo 220?

Hablando desde un punto de vista doctrinal, la base de la conciliación entre la facultad de los padres de nombrar un tutor para sus hijos mayores de edad incapacitados y las preferencias innegables que la ley reconoce á determinadas personas, estribaría en conceder á la tutela legítima el lugar que en buenos principios le corresponde y admitir que los tutores nombrados testamentariamente por los padres entrasen en el desempeño de la tutela en defecto de los parientes llamados por la ley.

Queda ya bosquejada la cuestión sin perjuicio de volver sobre la misma en su oportuno lugar.

SECCIÓN PRIMERA

De la tutela de los menores.

No se opone á lo que acabamos de decir esta pri-ra y breve sección del cap. III, consagrada á tratar la tutela legítima de los menores.

Ya hemos dicho que siguiendo el mecanismo roma-, en defecto del nombramiento de tutor por los pa-s, llama la ley á aquellas personas en las que pre-me fundadamente más cariño que en el extraño.

¿Qué es más justo: que el menor desamparado sea ardado por los abuelos y abuelas con cariño de abue-, y por los hermanos con la pureza del amor frater-l, ó que venga un extraño á desempeñar la tutela, iado más que por las afecciones que hacia el menor eda tener, por la esperanza de la remuneración?

En rigor, no es necesario contestar la pregunta. sponde el corazón, que es el que habla cuando se ta de cariño.

He aquí por qué la ley busca al abuelo, al que al-nos Códigos, v. gr., el mejicano, le otorgan la pa-a potestad en defecto de padre y madre, y al her-no mayor, porque no hay quien mejor se posesione los deberes paternales que el hermano de dulces y acibles sentimientos.

RT. 211. La tutela legítima de los menores no ipados corresponde únicamente:

Al abuelo paterno.

Al abuelo materno.

3.° A las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

4.° Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, á falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

Concordancias.—Igual hasta el caso 3.° inclusive y análogo en los demás al art. 182 del proyecto de 1851, é igual al 177 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro tercero, tít. VII, ley 2.ª*—Si algunos huérfanos que sean sin edad fincaren sin padre, ó sin madre, los parientes más propinquos que hayan edad e sean para ello, resciban á ellos, é á todos sus bienes, delante el Alcalde é delante homes buenos, por escripto, é guardenlos fasta que los huérfanos vengan á edad: é sinó hobieren parientes que sean para ello, el Alcalde delos á guardar con todos sus bienes, á algun home bueno é tenganlos asi como es sobredicho: é quienquier que los tenga, manténganlos de los frutos, é tome para sí el diezmo de los frutos por razon de su trabajo: é cuando vinieren á edad dexeles todo lo suyo ante el Alcalde con el escripto con que los rescibió: é deles cuenta derecha de los frutos que ende rescibió: é si alguna demanda ficieren á los huérfanos, ó ellos hobieren á demandar á otri, aquel que los tiene en guarda pueda demandar, é responder por ellos; y lo que ficiere vala, fueras si lo ficiere con engaño, ó daño de ellos: é si por su negligencia, ó por su culpa algun daño rescibieren los huérfanos en sus bienes, sea tenudo de gelo pechar; é si los huérfanos algun Pleyto le ficieren de su daño por alguna guisa, mientras los tuviere en su poder, no vala: é si despues que fueren de edad les tuvieren sus bienes ó alguna cosa de ellos, respondanles sobre ellos quandoquier que gelos demandaren, é no se pueda defender por año, é dia: é quando el padre ó la madre murieren, é los fijos fincaren, entren los fijos en los bienes del muerto, ó otros herederos derechos, si estos fijos no hobieren.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 9.ª—Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse fijos, e non les ouiesse dado guardadores; o si fiziesse testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno, o si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre dellos; si los moços non ouieren madre, nin auela, mandamos, que los parientes mas cercanos que ouieren e que estouieren en un mismo grado, sean guardadores dellos, e de todos sus bienes. E estos guardadores atales son llamados, legitimos. Pero dezimos, que ante que vsen de los bienes de los moços, deuen dar fiadores valiosos al Juez del lugar, que prometan, e se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran bien, e lealmente, los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos. E sobre todo, deuen jurar los guardadores, de fazer todas las cosas que sean a prô dé los huerfanos que han en guarda, e de non se entremeter de fazer cosa que se torne a daño dellos. E que guardaran lealmente sus personas, e sus cosas. Mas si los huerfanos sobredichos ouiessen madre, o auela, que quisiesse guardar los huerfanos, e sus bienes; estonce dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger, e de recabdo. Pero deue dar, e facer á los moços primeramente tal segurança, como de suso diximos en la sesta ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce el auela auer la guarda dellos.

ART. 212. Los Jefes de las Casas de Expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará á cargo del Ministerio fiscal.

Concordancias.—Análogo al art. 271 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 178 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 211 Y 212.—El Derecho romano establecía, y Gayo dijo en su Instituta: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, his ex lege XII agnati sunt tutores; qui*

vocantur legitimi. Es decir, según la ley de las Doce Tablas, los agnados son tutores de todos aquellos á quienes no se haya nombrado tutor por testamento, y se llaman tutores legítimos. Recogió Justiniano la doctrina, y cuando en la Edad Media el renacimiento del Derecho dió vida á cuerpos legales tan excelentes como nuestras Partidas, en sus páginas se estatuyó el tutor legítimo, armonizando la institución, que sustancialmente permanecía invariable, con el avance del Derecho.

Hoy más que nunca échase de ver esta inalterable regla biológica, que sucintamente tratamos en la introducción de este tomo. Conserva la tutela los mismos elementos esenciales. Empero han variado los elementos formales al par que ha ido evolucionando la familia, y la constitución social antigua ha sido reemplazada por la moderna. Todavía las Partidas trataron de la tutela del siervo menor de catorce años que fuese aforrado (manumitido) por algún ome, pálido reflejo de la tutela legítima de los patronos en Roma; mas, borrada la tutela de los patronos, de los padres y la llamada fiduciaria, sólo ha prevalecido la de los parientes.

Es de notar la admirable concordia de los cuerpos legales modernos, contestes en admitir la tutela legítima con ligerísimas variantes. Todos ellos ponen la mira para resolver en la proximidad del parentesco. Como la sangre ata con lazo de mutua simpatía, la derivación más inmediata que el pensamiento obtiene es la de que cuanto más próximo sea el parentesco y más entrecho el lazo, mayores serán las atenciones que lleven consigo aparejada la solicitud y el cuidado más acendrados. El ser privado de la razón, el que no ha llegado al disfrute total de su inteligencia, necesita que otro ser de su género supla sus imperfecciones. La naturaleza, como ya hemos dicho con Laurent, ha puesto á los padres; cuando los padres faltan, la obra de la razón humana, la ley, según dice Montesquieu, reclama el auxilio de los patriarcas de la familia, de los abuelos, como causa primera de la existencia del necesitado, y en ellos deposita la función nobilísima de guardarlos.

He aquí por qué todos los Códigos, salvas algunas ligeras excepciones, llaman al abuelo en defecto de los padres y de la voluntad postrera de éstos, expresada en testamento. Algunos Códigos llegan á conferir al abuelo la patria potestad, v. gr., el Código mejicano.

Después de los abuelos, el llamamiento se ha dirigido á los parientes más próximos, es á saber, á los colaterales, y en éstos á los hermanos. No todos los Códigos han avanzado hasta este grado; otros, en cambio, le han traspuesto. Sirva de ejemplo en el caso primero el Código italiano, que sólo llama á los abuelos paterno y materno, y de lo segundo el Código portugués y el guatemalteco, que después de los abuelos y demás ascendientes en línea recta, prefiriendo la paterna en igualdad de grado, colocan á los hermanos varones, y por último, á los hermanos del padre y de la madre, es decir, los tíos del menor.

Finalmente, el Código mejicano, con acuerdo digno de alabanza, fija los casos en que procede el nombramiento de tutor legítimo, y designa para el desempeño del cargo á los hermanos varones, prefiriendo á los de ambas líneas. La omisión de los abuelos paternos y maternos se explica atendiendo á que, en defecto de padre y madre, disfrutan de la patria potestad.

Hecha esta excursión como antecedente previo al examen de la tutela legítima en nuestro Código, entremos de lleno en su estudio, comenzando por definirla, para que en el comentario se combinen los elementos didácticos con las cuestiones prácticas.

El notable expositor Viso dice que tutela legítima es la guarda que la ley defiere á los parientes más próximos del pupilo, por su orden, para los casos en que no haya tutor testamentario. La definición adolece de ciertos defectos, tales como el empleo de la palabra guarda y la de pupilo, la primera redundante y la segunda impropia. Pero al cabo el concepto que contiene es el genuíno, y la aceptamos como la más aproximada á la relativa perfección que es dable exigir.

El Código dice á qué personas corresponde la tutela legítima; lo que no expresa, acaso por estimarlo innecesario, es cuándo procede. La regla general que debe prevalecer es la de que se nombrará tutor legítimo á la persona designada por la ley en defecto de tutor testamentario. Y en aquellos casos en que la tutela testamentaria sea imposible porque los padres estén privados de la patria potestad, bien por sentencia dictada en causa criminal ó en pleito de divorcio, ó por declaración de los Tribunales en virtud de los malos tratamientos ó ejemplos corruptores que dieren á sus hijos, ¿desempeñará la tutela el tutor legítimo ó un tutor dativo? Opinamos que el primero. La preferencia que el

Código civil da en todas ocasiones al pariente sobre el extraño es incontrovertible. Asimismo, cuando la madre viuda pierda la patria potestad por efecto de haber contraído segundas nupcias, los hijos del primer matrimonio entrarán en tutela legítima y se nombrará al pariente que la ley designe.

Otros casos trataron los autores que escribieron sus tratados bajo el imperio de la legislación derogada, casos dudosos que traían su origen de la nebulosidad de las leyes y de la fuerza poderosa de una racional presunción. Según las leyes 2.ª y 9.ª del tít. XVI de la Partida 6.ª, tenía lugar la tutela legítima en estos tres casos solamente: 1.º, si murió el padre sin testamento; 2.º, si testó y no nombró tutor á su hijo, y 3.º, si habiendo nombrado tutor murió antes que el padre. En efecto, la ley 9.ª del expresado título y Partida dice así: «Sin testamento muriendo algund ome que ouiesse fijos e non le uiesse dado guardadores: o si fiziesse testamento e non los dexasse en guarda de ninguno, o si les dexasse guardadores é se muriessen, ante que el padre dellos,» etc.

Otro caso de tutela legítima tenía también lugar, es á saber, el que determinaba la ley 5.ª, tít. XVI de la Part. 6.ª, ó sea cuando la madre ó abuela viuda que estuvieren desempeñando la tutela testamentaria pasasen á segundas nupcias, porque la dicha ley llamaba al ejercicio de la tutela del huérfano al más propincuo pariente.

Dentro de este exclusivismo giraba la tutela legítima. Hubo autores que quebrantaron los moldes de las Partidas. Febrero fué uno de ellos, inspirándose, según dice su reformador señor Caravantes, en el tratado «*De tutelis*», del jurisconsulto Gutiérrez. En efecto, Febrero dijo: «Tiene también lugar la tutela legítima cuando el nombrado tutor en testamento no quiso serlo, ó si lo fué murió, ó se ausentó ó faltó por cualquier otro motivo.»

En rigor, y dada la oscuridad de las Partidas y ateniéndose á su texto literal, no era posible autorizar la opinión de Febrero, tanto que Caravantes, para justificar la doctrina, se apoyó en las leyes romanas, y aun así no llegó á filiar todos los casos que presentó Febrero.

Viso negó en redondo lo mantenido por este último, sosteniendo que las dudas que las Partidas ofrecen deben resolverse interpretándolas según el Derecho común, que no admite otros

casos de tutela legítima que los expuestos en las leyes 5.ª y 9.ª del tít. XVI, Part. 6.ª, máxime cuando de la ley 4.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª, *Mas si fuesse remouido de la guarda... deuen dar luego algun ome bueno que guarde al moço e a sus bienes en lugar del otro*, claramente se desprende que se le ha de nombrar al pupilo un tutor dativo.

El proyecto de Código civil de 1851 también fijó los casos en que era procedente la tutela legítima, y dijo en el art. 181: 1.º Cuando no haya sido nombrado tutor testamentario ó el nombrado murió en vida del que lo nombró. 2.º En los casos previstos en los artículos 82 y 83, ó sea cuando los padres pierdan la patria potestad.

Esta digresión, que hemos hecho con el propósito de ilustrar la cuestión, autoriza para preguntar: ¿puede hoy suscitarse la misma duda? Estos casos expuestos de ausencia, fallecimiento, excusa ó renuncia del tutor testamentario, ¿dan origen á la tutela legítima ó queda excluída en beneficio de la tutela dativa? En nuestro sentir, el Código con su silencio ha resuelto la cuestión acomodándose á las exigencias del moderno Derecho, con un criterio expansivo tanto más digno de alabanza, cuanto que son pocas las ocasiones que encontramos para aplaudir. En verdad que es una de las buenas determinaciones del Código.

La oscuridad de las Partidas ya no existe. El casuismo, fundado, según hemos visto, de los comentaristas y expositores, pertenece á la historia legal. Ha sido el silencio, combinado con el artículo 231, el que ha resuelto el problema.

Ya hicimos notar que el art. 211 enumera las personas á quienes corresponde la tutela legítima de los menores no emancipados; pero no menciona los casos en que tiene lugar. Bástale al Código la colocación en segundo término de la tutela legítima, y el art. 210, para dar á entender que procede en defecto de la tutela testamentaria, sin excepción de ningún caso. Asimismo bástale para relegar la tutela dativa al último lugar y que se esclarezcan los puntos dudosos que puedan presentarse, esta declaración terminante del art. 231: «No habiendo tutor testamentario, *ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante*, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.»

En tanto exista, pues, una persona llamada por la ley al desempeño de la tutela, no tiene lugar la tutela dativa.

Casos en que tiene lugar la tutela legítima. — Recapitulando esta materia y para mayor facilidad en la aplicación del artículo que comentamos, diremos que la tutela legítima procede:

1.° Si el padre ó la madre falleciese sin testamento.

2.° Si habiendo testado, no nombró tutor á sus hijos.

3.° Si el que instituye heredero al menor ó le deja manda de importancia no hace uso del derecho que le confiere el art. 207.

4.° Si el tutor nombrado falleciese antes que el testador que lo nombró.

5.° Cuando habiéndose nombrado por el padre ó la madre *supérstite* tutor bajo condición, ó hasta día cierto, aquélla se cumpliese ó el día llegase, siempre que no se hubiese proveído en el testamento de nuevo tutor para el caso.

6.° Si los padres fueren privados de la patria potestad por declaración firme de los Tribunales en causa criminal ó pleito de divorcio, ó por los malos tratamientos ó ejemplos corruptores que dieren á sus hijos, porque entonces se imposibilita *de facto* y *de jure* la tutela testamentaria.

7.° Si el tutor nombrado testamentariamente para los hijos de su primer matrimonio por la madre que hubiese pasado á segundas nupcias no fuese confirmado en su cargo por el consejo de familia.

8.° Si habiendo un extraño nombrado tutor en su testamento para el menor ó incapacitado á quien dejare herencia ó legado de importancia, el consejo de familia acordare no aceptar la herencia ó el legado.

9.° Cuando el tutor falleciere en el primer ejercicio de su cargo, fuese declarado inhábil, se excusase y se acordase su remoción, ó faltare por cualquier otro motivo.

10. En los demás casos que expresamente determina el Código, tales como los del loco, sordomudo, pródigo y penado con la interdicción civil.

Tales son las reglas que implícitamenta se derivan de los artículos examinados, distintas de las adoptadas por el Código francés. Este cuerpo legal sigue la presunción de que cuando el padre, en vida de los llamados por la ley al desempeño de la tutela, les excluye y nombra por testamento á una persona de su confianza, pero extraña al menor, tácitamente revela su voluntad, contraria á que sean los tutores de sus hijos los parientes

designados por el Código. El art. 405 establece que cuando un menor no emancipado careciere de padre, madre ó tutor elegido por éstos, ó ascendientes, del mismo modo que si el tutor de alguna de estas dos clases cayere en causa de inhabilitación ó legítimamente se excusare, el consejo de familia procederá á la elección del tutor. Vallete, en su *Cour de Code civil*, confirma el susodicho artículo: «De suerte que si nombrado tutor se excusare ó fuere excluído ó destituído, la tutela no recaerá en el ascendiente inmediato, *elle sera complétement dative.*» Este mismo autor, un poco más adelante, añade: «pero los tutores legítimos se suceden en el orden que indica nuestro título, cuando *un premier ascendant* en el ejercicio de la tutela falleciere.»

Compárese esta doctrina del art. 405 del Código civil francés con el 231 de nuestro Código y se percibirá clarísimamente la diferencia radical que entre ambos existe. El primero distingue; el segundo no se detiene en minucias; sienta una regla general inalterable, y sólo admite la tutela dativa en defecto de la testamentaria y cuando no haya personas llamadas por la ley á ejercer la tutela *vacante*.

La regla del Código francés es, si se quiere, más lógica. Nosotros, sin embargo, preferimos la estatuída en nuestro modernísimo Código, que, sin estar desprovista de fundamento racional, tiene una sencillez encantadora.

Analicemos ahora el art. 211. A primera vista se nota una diferencia sustancial con el núm. 1.° del art. 200, que determina el principio de la tutela de los menores en toda su generalidad. Dícese en dicho número que están sujetos á tutela los menores de edad no emancipados *legalmente*. El artículo que estudiamos suprime esta palabra, y con la supresión restringe mucho la órbita de la tutela legítima, toda vez que excluye de la misma á los menores que hubiesen sido emancipados. ¿Basta, pues, el mero hecho de la emancipación, ya sea voluntaria ó legal, para que la tutela legítima sea imposible? Bien examinado, los procederes del Código en este particular tienen una explicación sencillísima, ajustada á un criterio racional, cual es el de la mayor libertad del emancipado. Parécenos equitativo que en el círculo amplio de relaciones jurídicas que la emancipación produce, no sea una sombra que merme y oscurezca los derechos del menor esta facultad tuitiva inatacable de los abuelos ó hermanos.

Desde este punto de mira, digna es de elogio la conducta del legislador, siquiera parezca también muy racional que los abuelos sean los que consientan en aquellos actos civiles cuyo ejercicio está vedado al menor emancipado hasta que llega á la mayoría de edad. El comentarista Sr. Manresa opina que no pudiendo tenerse por emancipado á un menor, para ningún efecto jurídico, si no lo ha sido *legalmente* por alguna de las causas que se determinan en el art. 314, es llano que la supresión del advervio *legalmente* se ha hecho por ser innecesario repetirlo.

Aunque la interpretación literal no autoriza el dictamen que acabamos de exponer, no por eso hemos de negarle su importancia, toda vez que antes que el Sr. Manresa ya habíamos hecho notar el fundamento en que podría aplicarse la tutela legítima á los menores emancipados.

Orden del llamamiento en la tutela legítima.—El orden del llamamiento ya es sabido. En primer término, el abuelo paterno, y en su defecto el materno. La masculinidad es prerrogativa de la naturaleza, que siempre ha llevado consigo la preferencia en el orden legal. En los pueblos bárbaros, en la sociedad ginecocrática, es donde únicamente ha imperado la mujer. Las leyes le han concedido derechos y prerrogativas á medida que la civilización ha ido ensanchado su influencia; pero sin relajar por esto el predominio de la masculinidad.

Vienen después de los abuelos, y por el mismo orden paterno y materno, las abuelas, mientras se conserven viudas. Así como la madre pierde la patria potestad si contrae segundas nupcias, de la propia suerte la abuela pierde la cuasi potestad de la tutela en el mismo caso.

No es que la ley estime que en el corazón de la mujer no quepa más que un cariño que absorba los demás; es que por el matrimonio pierde la mujer su libertad, limitándose su capacidad por la dependencia del marido. El predominio de éste es acaso el motivo que el legislador ha tenido en cuenta para establecer dicha regla.

Finalmente, á falta de la abuela paterna y materna, llama la ley al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y á falta de éstos, al mayor de los consanguíneos ó uterinos.

Así, por ejemplo, una mujer viuda que ha tenido varios hijos de su primer matrimonio contrae segundas nupcias y vuelve á

tener hijos. Los primeros, hermanos de doble vínculo entre sí, son, por lo que respecta á los de la segunda unión, hermanos de madre solamente. Supongamos que entre estos últimos hay mayores y menores. Al fallecimiento del padre y madre, y en defecto de abuelos, el hermano mayor entrará en la tutela. Pero si todos los hijos de la segunda unión son menores, la ejercerá el hermano uterino, ó sea el hermano mayor de los hijos del primer matrimonio.

La misma aplicación hay que hacer cuando el padre contraiga segundas nupcias y los hermanos sean consanguíneos.

Como la ley no reconoce solemnemente la familia ilegítima, y el parentesco natural no está sancionado por el Código, éste, para ser consecuente, ha tenido que admitir el principio de que la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

El inciso está terminante, y no cabe interpretarlo extensivamente en beneficio de los hijos naturales reconocidos. Éstos caen también dentro de la regla. En efecto, hijos ilegítimos llama el Código á los hijos incestuosos, sacrílegos, manceres, comprendidos todos ellos dentro de la calificación general de *demás hijos ilegítimos*. Ahora bien: la palabra *demás* supone otros. ¿Cuáles son éstos? Precisamente los naturales reconocidos, toda vez que el reconocimiento no borra la mancha de la ilegitimidad.

He aquí, pues, claro el susodicho inciso del art. 211.

Tratando de la tutela legítima de los menores, procede hablar, siguiendo al Código en la rigorosa exégesis de la presente obra, de los hijos expósitos ó de los expósitos simplemente, toda vez que su filiación es un misterio: hijos del torno, verdadera matriz de donde nacen á la vida del establecimiento de beneficencia, que los recoge y cuida como hijos del Estado.

Dice el art. 212 del Código que los Jefes de las Casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas.

Este principo viene repitiéndose constantemente en nuestras leyes administrativas, que han regulado la vida legal de los establecimientos de Beneficencia.

La ley de 1822, en su art. 63, dice: «Los individuos de ambos sexos que se crien en las Casas de maternidad, aun aquellos cuya crianza ó educación fuese costeada por personas particulares, es-

tarán bajo la tutela y curaduría de las Juntas municipales de Beneficencia, con arreglo á las leyes.»

Vino la ley de 20 de Junio de 1849; clasificó entre los establecimientos provinciales las Casas de maternidad y expósitos, añadiendo que tenían por naturaleza tal carácter, y al dictarse el Reglamento de 14 de Mayo de 1852 se estatuyó en el art. 16 que la tutela y curaduría de los individuos de ambos sexos que se críen en los establecimientos provinciales de expósitos, aun aquellos cuya crianza ó educación fuese costeada por personas particulares, corresponderá á la Junta provincial de Beneficencia con arreglo á las leyes.

Las disposiciones legislativas que posteriormente se han dictado sobre beneficencia, tales como la instrucción de 27 de Abril de 1875, que distingue y separa la beneficencia pública de la particular, regulando la acción protectora del Estado; la instrucción de 27 de Enero de 1885 para la organización, régimen, gobierno y administración superior de los establecimientos de Beneficencia general, no atañen tan directamente á los expósitos, pudiendo afirmarse que, en cuanto sea posible combinar las leyes administrativas con las disposiciones del Código civil, el Derecho vigente está constituído sustancialmente por la ley de 1849 y Reglamento de 1852, cuyos artículos aplicables van transcritos.

El Código civil dice que serán los Jefes de las Casas de expósitos los tutores. Hoy los Administradores Depositarios tienen el carácter de Jefes locales de los establecimientos de Beneficencia. A ellos, pues, les compete la tutela.

Y las facultades del consejo, ¿radicarán en la Junta provincial? No lo dice la ley civil, ni podían tampoco expresarlo las leyes administrativas, porque el consejo de familia no estaba estatuído cuando se dictaron. Atendiendo á la misión de dichas Juntas y al carácter tutelar de que la ley las reviste, así debiera ser. Sin embargo, ante el silencio del Código, débese entender que las atribuciones del tutor y las del consejo radican en el Jefe, quien por sus funciones directivas está facultado para el desempeño de la tutela en toda su extensión. Corrobora este dictamen el art. 303, que confiere á la administración de cada establecimiento de Beneficencia las facultades de los tutores y del consejo de familia sobre los huérfanos menores acogidos.

Para concluir, diremos con el Código que la representación en juicio de los Jefes de las Casas de expósitos, en su calidad de tutores, está á cargo del Ministerio fiscal.

Después de todo, trátase de una función social encomendada al Estado, y es justo que para la defensa de los intereses de los expósitos, sea el Ministerio fiscal el que, por su calidad de defensor de la ley y amparador del desvalido, rompa lanzas en su ayuda cuando se ventile ante los Tribunales algún derecho que pueda afectar en pro ó en contra á los seres más desvalidos de la tierra.

SECCIÓN SEGUNDA

De la tutela de los locos y sordomudos.

Considerando, con bonísimo acuerdo, los redactores del Código civil que el sordomudo, por la carencia de medios de expresión, se equipara en su incapacidad al loco, que por la perturbación de la mente asimismo no ajusta su conducta á las normas usuales de la razón; y teniendo también en cuenta que las personas llamadas por la ley á la tutela de uno y otro incapacitado deben ser las mismas, porque los mismos afanes y solicitudes requieren, ha tratado juntamente de las dos clases de tutela, aplicando, en su consecuencia, idénticas reglas.

La sección que vamos á estudiar se desarrolla con arreglo á un plan meditado, y en el que se observan las huellas de un severo método de exposición, digno de sincera alabanza.

Comiénzase por sentar el principio de que la declaración de incapacidad es requisito previo á la tutela; designanse luego las personas que pueden pedir dicha declaración; determínase que el procedimiento que se

siga sea sumario, siquiera se omita señalarlo de entre los que la ley de Enjuiciamiento civil estatuye; finalmente, se establece el orden del llamamiento en armonía con la situación del loco y sordomudo, harto distinta, por desventura, de la del menor huérfano de padre y madre.

ART. 213. No se puede nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.

Concordancias. —Igual al art. 179 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part.* 5.ª, *tit. XI, ley* 5.ª, *y Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 13 (insertas en el art. 200).

ART. 214. Pueden solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle abintestato.

Concordancias.—Análogo al art. 280 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 180 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 215. El Ministerio público deberá pedirla:

1.° Cuando se trate de dementes furiosos.

2.° Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, ó cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.

3.° Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores ó carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos estos casos, los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera ó no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio público.

Concordancias.—Análogo á los artículos 281 y 284 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 181 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 213, 214 Y 215.—El precepto del art. 213 es sencillísimo, aunque su redacción adolezca de ciertos defectos, hijos de la falta de propiedad del tecnicismo empleado por el Código civil. Dice éste que no se puede nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos sin que preceda la declaración de que son incapaces, cuando en rigor lo que prohibe es el ejercicio de la tutela, el desempeño del cargo, la toma de posesión, en una palabra; pero el Código no puede prohibir que el padre ó la madre, haciendo uso de un derecho de que disfrutan indiscutiblemente, nombren en su testamento tutor á su hijo loco, demente ó sordomudo.

Es de advertir que la restricción se refiere exclusivamente á los incapacitados mayores de edad.

Ahora bien: si el padre nombra tutor por testamento para su hijo loco ó sordomudo menor de veintitrés años, cuya incapacidad no haya sido declarada, y á consecuencia del fallecimiento del padre entra el tutor en el ejercicio de su cargo, ¿cesará en el desempeño de la tutela cuando el hijo llegue á la mayor edad? Según nuestro entender, sí, porque el principio legal no puede quedar subordinado á la voluntad de los padres. Estos podrán usar de su derecho, pero solamente en tanto que con un ejercicio tempestivo y adecuado no contraríen lo dispuesto en la ley.

Cesará, pues, el tutor, y promovido el expediente de declaración de incapacidad, se elegirá á la persona que corresponda, según el orden que fija en el llamamiento el art. 220 del Código.

No basta la manifestación de incapacidad, es decir, no basta la existencia de la locura, demencia, idiotismo, sordomudez, etc.; el artículo que es objeto de nuestro estudio exige la demostración de la incapacidad para administrar los bienes, porque mal se puede declarar sin demostrar. Con este precepto armoniza aquel otro que más adelante trataremos del art. 218, según el cual en la declaración de incapacitado del sordomudo se fijará la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad de éste. Porque, en efecto, la maravillosa educación de que es susceptible un sordomudo puede tornar al incapaz por naturaleza en capaz por el auxilio humano para efectuar ciertos actos civiles. Evidente es que no todos; por esto las funciones del tutor se reducirán en proporción inversa á los mayores medios de expresión del que sufre la sordomudez. Lo mismo cabe sostener del loco que no es furioso, es á saber, de aquel monomaniaco templado en su conducta, buen administrador de sus bienes, y que sólo se desvía del común pensar y sentir cuando la manía ejerce su influjo sobre su pensamiento. ¿Qué motivo hay para someter á esta persona á perpetua tutela cuando es capaz de administrar? A buen seguro que los parientes, á quienes la ley reconoce facultad de pedir la declaración de incapacidad, si notasen que dilapidaba sus bienes ó abandonaba al descuido sus heredades, pudiéndose atribuir á su locura, ya ejercitarían sus derechos.

La declaración judicial de la demencia lleva consigo tan transcendentales efectos, que siempre se ha requerido una previa información ante los Tribunales, de la que resultase la prueba plena de la incapacidad.

El Derecho de Roma distinguió entre el furioso y el pródigo. Con respecto al primero, como su incapacidad era manifiesta, nada exigió; mas sí con relación al segundo, puesto que antes de recibir curador debía preceder conocimiento de causa y sentencia del Magistrado.

Nuestra ley de Partidas no particularizó; pero la costumbre imperante ha venido siendo la que la razón sugiere.

Ya vimos en la ley 13 del tít. XVI de la 6.ª Partida que el curador non deue ser dexado en testamento, pero si fuesse y puesto e el judgador entendiesse que es a pró del moço, deuelo confirmar. Compréndese que requiriendo la ley, bien el nombramiento di-

recto por el Juez, bien su confirmación, no podía éste designar curador á un loco sin estar previamente probada y declarada la locura.

La ley de Enjuiciamiento civil mantiene el mismo principio en sus disposiciones. Así, el art. 1.847 dice: «El Juez competente, á cuyo conocimiento llegue que alguna persona ha sido declarada por sentencia firme incapacitada para administrar sus bienes, le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con el testimonio de dicha sentencia.» Prevé asimismo el caso de demencia, y dispone que cuando no apareciese declarada por sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio, reservando á las partes el derecho que pudiese competirles para ejercitarlo en el juicio correspondiente.

Obsérvese, pues, cómo el art. 213 del Código no sólo se apoya en leyes que le precedieron, sino que por su naturaleza se acomoda á lo que la recta razón reclama para mayor seguridad de los incapacitados.

El siguiente art. 214 trata de las personas que pueden pedir la declaración de incapacidad. Sin precedentes concretos este artículo y el siguiente, que le complementa, vienen á llenar una necesidad sentida en nuestras antiguas leyes. Precisamente recogiendo y dando fuerza legal á la costumbre, ha nacido este artículo 214, que no quedaría completo si el inmediato 215 no viniera á llenar los vacíos del primero. El cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle ab-intestato, son los facultados exclusivamente por el Código para pedir la declaración de incapacidad. Notamos que se ha seguido un orden más lógico en la designación que el adoptado en el art. 185, que se ocupa de los parientes que pueden pedir la declaración de ausencia. Allí observamos la anteposición de los herederos testamentarios á los ab-intestato, é hicimos notar que tal proceder contrariaba el orden que la ciencia del Derecho indica, según Leroy. En el caso que estamos tratando se observa que los facultados en primer término son los herederos ab-intestato; pero notamos la omisión de los testamentarios. Después de todo, tiene su explicación. En la ausencia se tiende á la presunción de muerte y á la sucesión de los derechos. En la locura sólo debe atenderse á la mayor solicitud y esmero en el cuidado del incapaz, y éste, por fuerza de la naturaleza y ley invariable de la

misma, radica en los más próximos parientes, que son los facultados por la ley para promover el expediente de incapacidad.

Esta limitación que el Código impone, á nuestro juicio, no priva del derecho de denunciar al Juzgado la existencia de un demente que carezca de las personas mencionadas en el art. 214, con el objeto de que éste reclame la intervención del Ministerio público.

Nos asalta una duda que vamos á exponer y contestar brevemente.

El Código dice en su art. 214 que los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle ab-intestato pueden pedir la declaración de incapacidad.

Supongamos que viven, v. gr., los padres, abuelos, hermanos, tíos, etc.

¿Quiere decir el artículo que sólo el más próximo pariente del presunto incapaz puede promover la declaración susodicha, con exclusión de los más lejanos, puesto que es el que en dicho momento tiene derecho á suceder ab-intestato al incapacitado si éste falleciere? En nuestra opinión, no. Basta la condición de pariente llamado por la ley á la sucesión intestada para poder ejercitar la facultad que concede el art. 214.

A los funcionarios representantes del Ministerio fiscal compete el deber de pedir la declaración de incapacidad cuando se trate de dementes furiosos, ó no exista ninguna de las personas mencionadas en el art. 214, ó no hiciesen uso de su derecho, y cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz fuesen menores ó carecieren de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

Termina el artículo estableciendo que en todos los casos del artículo 215 los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera ó no pueda defenderse.

Esta institución de defensor que de pasada menciona el Código, no es otra cosa que la llamada curatela para pleitos, que la ley de Enjuiciamiento civil trata en los artículos 1.852 y siguientes, claro está que modificada por la naturaleza del cargo.

Cuando examinamos el art. 165 del Código (tomo III, comentario), tratamos por extenso del oficio de defensor; allí, pues, nos remitimos para evitar repeticiones, debiendo advertir

que en el caso especial que estudiamos, como se trata precisamente de la carencia de parientes ó del abandono de éstos, que da margen á la intervención del Ministerio fiscal, deberá el Juez ó Tribunal nombrar para defensa del incapacitado á personas de su mayor intimidad, siquiera para proceder con analogía y observar lo dispuesto en el art. 1.855 de la ley de Enjuiciamiento civil en una institución que, como la de defensor, tan estrechas semejanzas tiene con la de curador *ad litem*.

Finalmente, añade el art. 215 del Código, después de establecer que en los casos enunciados los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz, que «*en los demás* será defensor el Ministerio público».

En verdad que no puede darse nada más vago. La significación de este inciso, en nuestro entender, es la siguiente: cuando alguna de las personas que menciona el art. 214 haya promovido el expediente de incapacidad y el presunto incapaz no quiera ó no pueda defenderse, será defensor el Ministerio fiscal. Claro es que cuando el que promueve é insta el expediente es el dicho funcionario, no cabe que al propio tiempo ostente la representación del incapaz; mas sí en este último caso que el Código expresa, toda vez que el Ministerio fiscal es su defensor nato, según establecía el art. 284 del proyecto de 1851.

ART. 216. Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

Concordancias.—Análogo al art. 282 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 182 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 217. Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar á los Tribunales como miembros del consejo de familia; pero tienen derecho á ser oídos por éste cuando lo soliciten.

Concordancias.—Igual al art. 183 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 218. La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos.

Concordancias.—Igual al art. 184 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 219. Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia.

Concordancias.—Igual al art. 185 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 216, 217, 218 Y 219.—Reunidos los cuatro artículos por efecto de la analogía de su contenido, cabe trazar un orden más en relación con la peculiar naturaleza de cada uno de los preceptos que constituyen la materia del presente comentario.

A simple vista échase de ver una verdadera trasposición de artículos. En su totalidad la sección responde á una ordenación metódica; en sus diversas partes no se ha seguido el mismo orden. Los cuatro artículos que tratamos son, por decirlo así, los preceptos adjetivos sustantivados que han de hallar su complemento en el Código procesal el día que éste se modifique y ponga

en armonía con la nueva ley civil. Pues bien; estos preceptos de carácter formal, aunque interesantísimos por lo que influyen en el fondo, están en el Código como arrojados al azar por inexperta mano. Dícese primero que antes de declarar la incapacidad los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al incapaz. Y este precepto, que, como por su contexto se deduce, no es más que una diligencia procesal que reemplaza á la audiencia del Ministerio público, de que tantas veces habla la ley de Enjuiciamiento; este trámite se coloca antes del artículo que determina el procedimiento, siquiera quede éste envuelto en opaca nebulosa y haya precisión de adivinarlo con ayuda de las reglas interpretativas.

El primer artículo dentro de un orden lógico ha debido ser el que fija el procedimiento, á continuación los que determinan una de las solemnidades del mismo, y finalmente, aquel que establece el derecho del incapacitado á repetir contra el auto de declaración de incapacidad, deduciendo demanda en juicio ordinario.

Así vamos á tratarlos.

1.° *El procedimiento.*—El Código dice que la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. Esto es todo. Ahora bien: la sección que estamos estudiando ha derogado la segunda del título III del libro tercero de la ley de Enjuiciamiento, que se refiere á los curadores ejemplares. ¿Queda asimismo derogado el procedimiento que allí se determina, ó sea el antejuicio, y caso de ser así, cuál es el que deba seguirse en lo sucesivo? La *Revista de Tribunales*, en un buen artículo, ha propuesto que se siga el procedimiento establecido en los artículos 2.002 al 2.010 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea el de las informaciones para perpetua memoria. Tienen por objeto estas informaciones hacer constar un hecho del que no pueda resultar perjuicio á una persona cierta y determinada. En el expediente de declaración de incapacidad no se trata sólo de consignar y protocolizar la resultancia de la información, es á saber, el hecho ó hechos comprobados. Trátase de comprobar hechos, ciertamente, pero para deducir de ellos un estado que afecta á la persona, por cuanto la incapacita para la vida civil. Desde este punto de mira, entendemos que el procedimiento indicado por la susodicha *Revista de Tribunales* no debe aceptarse. De otro lado, las informaciones para perpetua

memoria son actos de jurisdicción voluntaria, no hay cuestión entre partes conocidas y determinadas, y la intervención judicial se justifica por su necesidad ó para dar mayor fuerza y garantía á ciertos actos. La declaración de incapacidad no reviste las formas de un acto de jurisdicción voluntaria, sino más bien contenciosa; primero, porque hay partes conocidas y determinadas: de un lado el pariente que la pida ó el Ministerio público, y de otro el defensor nombrado ó el propio funcionario fiscal, y segundo, porque termina, como dice el art. 218, por *declaración*. Finalmente, no cabe admitir los trámites de las informaciones para perpetua memoria, porque en éstas se sobresee, á tenor del art. 2.009, si se presentase alguna persona oponiéndose á que siga la información. De tal suerte es contrario este procedimiento de la naturaleza de una declaración de incapacidad, que desde luego y sin más estudio lo rechazamos.

Con posterioridad á la segunda edición de este tomo, dió á la estampa el Sr. Manresa sus comentarios á la tutela, y al ocuparse del artículo que estamos analizando, sostiene que si bien el Código exige una modificación de la ley de Enjuiciamiento civil acerca de este extremo, mientras no se verifique, persiste lo en ella mandado á título de disposiciones aplicables por inmediata analogía á la propia materia, que fundamentalmente es igual en el Código y en las leyes anteriores á que en la de Enjuiciamiento se refiere.

Pero, como nuestros lectores comprenderán, este es un remedio pasajero, que ni resuelve la incógnita ni enuncia ninguna idea para lo futuro.

Toda la dificultad estriba en que el Código civil no ha dicho, como la antigua ley de Enjuiciamiento civil, «se *acreditará* la demencia si no resultare de sentencia firme, nombrándose un curador interino,» sino que ha expresado que la *declaración* se hará sumariamente, añadiendo que al presunto incapaz se le nombrará defensor que sostenga sus derechos enfrente de las pretensiones de alguno de sus parientes, y que se oirá al consejo y examinará por sí mismo el Tribunal al incapaz.

Ahora bien: una declaración de estado, siquiera sea sumaria, no puede hacerse sino mediando la forma de juicio que se deriva implícitamente del nombramiento del defensor y del empleo de la palabra *declaración*, puesto que no se declara sin debate, sin

contienda, sin juicio en una palabra. Tal es nuestro dictamen, que lo corroboran los más elementales principios de la ciencia procesal.

Mas este juicio ha de ser sumario, puesto que al declarado incapaz se le reserva su derecho de promover el juicio ordinario que en definitiva resuelva la cuestión litigiosa relativa al estado de su persona. Nosotros vamos á enunciar una idea que desearíamos ver confirmada por una disposición aclaratoria que diese de una vez la norma á la que habrían de ajustarse las declaraciones de incapacidad.

Ya hemos visto, y esto lo reputamos incontrovertible, que el procedimiento sumario que deberá seguirse es contencioso, y como tal habrá de revestir la forma de juicio. ¿Cuál es el procedimiento que mejor compendia la forma de juicio y más garantías suministra á los que litigan sus derechos? En nuestro sentir, el que la ley de Enjuiciamiento establece para los incidentes. Este procedimiento reúne, á la par que la brevedad, abundantes medios de comprobación para el apoyo de los derechos sustentados. El incidente, como derivación del juicio ordinario, participa de su naturaleza; pero á la par el incidente, considerado aisladamente, es un conjunto de trámites sumamente adaptables á una cuestión de suyo sencilla, que ha de verificarse sumariamente en forma de juicio. Claro está que habrá de ser alterado el procedimiento incidental por las modificaciones que introduce el Código civil.

Nosotros descartamos todo lo relativo al carácter de incidencia y sólo nos fijamos en los trámites que nos parecen acomodados á lo que preceptúa el Código. Así, pues, y para mayor claridad de nuestro pensamiento, que exponemos sólo como opinión y deseosos de contribuir al esclarecimiento de la incógnita, vamos á trazar las líneas generales del procedimiento que reputamos más propio del caso.

Primero. Constituído el consejo de familia, ó por lo menos dados los pasos primeros para su constitución, se formulará la demanda por hechos y fundamentos de derecho, suplicando la declaración de incapacidad y pidiendo el recibimiento á prueba. Con la demanda deberán acompañarse los documentos que justifiquen la relación de parentesco que medie entre el solicitante y el presunto incapaz, así como también una certificación de

haberse constituído el consejo de familia, ó de haberse solicitado su constitución. Si se tratase de un tutor nombrado por testamento, se acompañará ó copia testimoniada de éste ó del particular del mismo en que se hiciese el nombramiento.

Segundo. Presentada la demanda, acordará el Juez que se nombre defensor al presunto incapaz, si fuese el Ministerio público el demandante, ó se entenderá *ipso facto* nombrado este último si el solicitante fuese el pariente.

Tercero. Nombrado el defensor, ó en su caso el Ministerio fiscal, se le conferirá traslado por seis días para que conteste la demanda.

Cuarto. Evacuado el traslado, se recibirán á prueba los autos por un término que no bajará de diez ni podrá exceder de veinte días comunes para proponer y practicar.

Quinto. Realizadas las pruebas propuestas que se estimen pertinentes, el Juez citará á los vocales del consejo de familia con el vocal presidente para que, en comparecencia y de palabra, expongan libremente su criterio respecto de la cuestión que se ventile, ó les dará traslado por tres días, para que por escrito informen al Juzgado.

Sexto. Verificados estos trámites, el Juzgado señalará día y hora para la diligencia de reconocimiento personal que preceptúa el art. 216 del Código civil, bien constituyéndose en el domicilio del loco si fuese peligroso su traslado al local de audiencia, bien concurriendo el loco ó sordomudo si fuese tranquilo.

Séptimo. Si se pidiere vista, el Juez la acordará, y celebrada ésta ó transcurrido el término sin haberla solicitado, dictará auto dentro de quinto día, declarando la incapacidad ó no haber lugar á declararla.

Octavo. Cuando se tratase de sordomudos, y por virtud del convencimiento que haya formado el Juez en el acto del reconocimiento personal, apreciando la educación del sordomudo, fijará en el auto la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad.

He aquí expuesto con toda sinceridad nuestro criterio en este particular.

De lamentar es el vacío del Código, que tan facilísimamente se hubiese llenado con un sencillo inciso de referencia á cualquiera de los procedimientos establecidos en la ley de Enjuiciamiento, aplicables al caso.

En rigor ya hemos tratado también los artículos 216 y 217 del Código. Innecesario es insistir en ello. Los preceptos son sencillísimos y huelga en absoluto comentarlos. Sólo si diremos que la prohibición impuesta por el art. 217 á los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad, de informar acerca de la misma como miembro del consejo de familia ante los Tribunales, se explica por dos razones muy fundadas; 1.ª, el temor de que influyan con su dictamen interesado en la resolución; 2.ª, porque no es equitativo que sea el mismo que pide el que asesore al Tribunal que ha de conceder. Respecto al derecho que se les concede de que el consejo de familia les oiga cuando lo soliciten, nos parece muy justo.

Hemos expuesto cuál es nuestro criterio respecto al procedimiento; veamos ahora los recursos que el Código concede.

2.° *Recurso contra la declaración de incapacidad.*—Llamámosle recurso porque en puridad no hay otra palabra que signifique con más claridad la idea. Dice el art. 219 del Código civil que contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. ¿Excluye esta facultad que el Código concede al incapacitado el derecho de ejercitar los recursos ordinarios que concede la ley de Enjuiciamiento civil, tales como, v. gr., el de apelación del auto recaído? Según nuestro criterio, no. El Código, al conceder el derecho de promover el juício ordinario, desprovee de la autoridad de lo juzgado al auto que declare la incapacidad. No es que le reconozca un carácter interino, no; dicha resolución causa estado en tanto se consienta, es decir, mientras no se deduzca la demanda de juicio ordinario. Ahora bien: creemos que el recurso de casación es improcedente para el caso, puesto que pudiéndose alterar el auto del Juzgado por la sentencia que recaiga en el pleito que se ventile, carece la primera de las resoluciones enunciadas del carácter definitivo que requiere el art. 1.689 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El Código no ha fijado plazo para la prescripción de la acción que otorga al incapacitado el art. 219. Después de todo, se trata del Estado civil de una persona, y las prerrogativas y derechos que nacen de la existencia individual no son prescriptibles. Por eso el Código ha guardado un prudencial silencio.

Termina el artículo preceptuando que para el caso de que el

incapacitado deduzca demanda en juicio ordinario, necesitará el defensor autorización especial del consejo de familia.

ART. 220. La tutela de los locos y sordomudos corresponde:

1.° Al cónyuge no separado legalmente.

2.° Al padre, y en su caso, á la madre.

3.° A los hijos.

4.° A los abuelos.

5.° A los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el núm. 4.° del art. 211.

Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones; y, en el caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.

Concordancias.—Análogo á los artículos 292, 293 y 294 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 186 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Enjuiciamiento civil:*—Art. 1.849. El nombramiento de curador ejemplar deberá recaer por su orden en las personas que á continuación se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado.

Art. 1.850. Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones á las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre á los que lo fueren por la de la madre.

Art. 1.851. No habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptas para la curatela, el Juez podrá nombrar á la que estimare más á propósito para des-

empeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, la que sea pariente ó amigo del incapacitado ó de sus padres.

COMENTARIO.—En los comienzos de la sección actual dijimos que el Código civil, al incluir dentro de la tutela legítima la de los locos, dementes y sordomudos, la de los pródigos y la de los que sufren la pena de interdicción civil, obraba, ó bien guiado por una reminiscencia del Derecho antiguo, ó porque conceptuaba que la tutela de los incapacitados mayores de edad era legítima por naturaleza; decíamos que, atendiendo á los precedentes, no era del todo descaminado el supuesto, y afirmábamos, por último, que dicha tutela rechaza la designación testamentaria si ha de estimarse ésta en toda su extensión, es decir, admitiendo su preferencia sobre la tutela legítima. Fijemos la atención un momento y comparemos el artículo que tratamos con el 211. Dice éste: «la tutela *legítima* de los menores corresponde.» Dice el 220: «la tutela de los locos y sordomudos corresponde.» ¿No es cierto que este precepto seco y escueto, en el que resalta la omisión intencional de la palabra *legítima*, parece estar indicando que, en efecto, siempre y en todo caso la tutela de los susodichos incapaces corresponde á las personas que el Código menciona en el enunciado art. 220?

Seguramente, y es más, ciñéndonos al texto literal, cabría discutir si el art. 220 rechaza la tutela testamentaria, toda vez que no dice como el 211 «*la tutela legítima corresponde*,» sino que habla en términos genéricos y sin particularizar su contenido á una clase determinada de tutela.

Nosotros, sin embargo, manteniendo nuestro criterio, hemos de exponer imparcialmente el propósito del legislador, siquiera éste no concuerde con nuestra manera de pensar.

La base 7.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, dice así:

«La tutela de los menores no emancipados, dementes, y los declarados pródigos ó en interdición civil, se podrá deferir por testamento, por la ley ó por el consejo de familia, y se completará con el restablecimiento en nuestro Derecho de ese consejo y con la institución del protutor.» Después de esto, recordemos el precepto terminante de los artículos 206 y 207: «El padre puede nombrar por testamento tutor y protutor á sus hijos mayores incapacitados; la madre goza de igual facultad, y asimismo dis-

fruta del derecho de nombrar tutor á los incapacitados el que les dejare manda ó legado de importancia.»

No cabe, pues, dudar de que en efecto la tutela de que estamos tratando es de tres clases, testamentaria, legítima y dativa, sin que pueda admitirse restricción alguna en perjuicio de la primera, porque el Código no la establece y las leyes no pueden interpretarse en sentido prohibitivo; es indispensable que conste escrito el precepto.

La digresión que hicimos en el sencillo preámbulo de la sección presente, cede plaza al mandato legal. Nada quiere decir la redacción del art. 220. Sólo en defecto de la tutela testamentaria regirá el expresado artículo. La base de conciliación que presentamos no pasa de la categoría de un buen propósito, de nuestro excelente deseo de procurar la concordia de disposiciones que se contraponen, y que de admitirlas en la extensión que se deriva de su contexto destruyen la naturaleza de la institución de la tutela de los locos.

El Código civil no se ha movido en atención á la jurisprudencia, que se muestra conforme con la excepción única que la ley de Partidas admitió de curatela testamentaria; ha traspasado los límites del Derecho antiguo y ha estatuído casos que, como ya hemos expuesto, no nos parecen conformes con la naturaleza de la institución.

El Tribunal Supremo tiene declarado, y al efecto recordamos la sentencia de 2 de Octubre de 1878, que según lo dispuesto en la Ley 13, tít. XVI, part. 6.ª, y en el art. 1.231 de la de Enjuiciamiento civil, nombrado curador ejemplar testamentario por el padre, debe confirmarlo el Juez, si entendiere que es beneficioso al incapacitado, sin que entonces pueda tener aplicación lo preceptuado en los artículos 1.245 y 1.247 de esta ley, según así lo tiene declarado el Tribunal Supremo». Esta es la sentencia, debiendo advertir que dichos artículos de la antigua ley de Enjuiciamiento corresponden exactamente á los 1.849 á 1.851 de la moderna, que á su vez constituyen el precedente autorizado del artículo que estamos estudiando.

Esta ha sido la jurisprudencia que no disuena de lo establecido por las leyes de Partida. Compruébese ahora la exactitud de lo que hemos mantenido.

El Código, alterando el orden del llamamiento de la ley de

Enjuiciamiento civil, que mencionaba al padre y después á la mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado, designa, en primer termino, al cónyuge no separado legalmente, llamando en segundo lugar al padre, y en su defecto á la madre, luego á los hijos, los abuelos y los hermanos.

Supongamos que un extraño designa tutor en su testamento para un incapaz á quien instituye heredero ó le deja legado de importancia. Sabido es que el nombramiento no surte efecto alguno ínterin la incapacidad se declare, bien á instancia de alguna de las personas que el art. 214 menciona, ó del Ministerio fiscal en los casos que expresa el art. 215. Declarada la incapacidad, ¿surtirá efecto la designación testamentaria hecha por el extraño en un tiempo en que el sujeto á tutela, si incapacitado por la naturaleza, no lo estaba, sin embargo, por la ley? Discutible es en verdad el caso, porque de una parte la intención del testador se trasluce clarísimamente; de otra brota incontrovertible el hecho de haberse nombrado tutor á una persona capaz, acto que, como contrario de la ley, no surte efectos, y decimos persona capaz, porque hemos partido del supuesto de que la declaración de incapacidad no se hubiese efectuado.

En esta incertidumbre, y sin saber hacia qué lado inclinarnos en definitiva, arranquemos de ambos supuestos para estudiar sus consecuencias. Si el nombramiento es válido, resultará que, como la tutela testamentaria es por su propia naturaleza preferente á la legítima, que sólo tiene lugar en defecto de aquélla, el tutor nombrado por el extraño para el loco, demente ó sordomudo, entrará en el ejercicio de la tutela con merma, más diremos, con violación de los derechos del cónyuge, de los padres, de los hijos, etc., toda vez que el cónyuge y los padres no son más que tutores legítimos, quienes, en concurrencia con los testamentarios, son siempre preferidos. Esto nos parece una anomalía de tal entidad, que la rechazamos en absoluto, salvando opiniones más autorizadas.

Si la declaración de incapacidad ha de preceder forzosamente al nombramiento, como sólo puede ser promovida á instancia de determinadas personas, entrarán en el ejercicio de la tutela el cónyuge ó el padre, ó cualesquiera de los designados en el Código; pero no el designado testamentariamente, porque aunque el testamento fuese otorgado con posterioridad á la declaración

de incapacidad, es de suponer que antes de cumplirse aquél por la muerte del testador, haya entrado en la posesión de su cargo el tutor legítimo.

Al cabo resultará siempre que por la naturaleza especial de la tutela de los locos y sordomudos, en la mayor parte de las ocasiones la designación testamentaria hecha por un extraño no llegará á tornarse en real, y los Tribunales se encontrarán con la concurrencia de un tutor legítimo y un testamentario que no se halla en el caso del art. 210, toda vez que ha sido nombrado con posterioridad al primero. Si hubiéranse de seguir nuestras inspiraciones, diríamos que en este caso optaríamos siempre por la continuación del tutor legítimo.

De lo expuesto se deriva que la tutela testamentaria del loco y sordomudo procederá casi siempre solamente en defecto de parientes, cuando se trate de tutor nombrado pór un extraño.

Cuando se trate de los padres, distinta es la regla que habrá de seguirse. Si estando desempeñando la tutela el cónyuge del incapacitado falleciere el padre ó la madre de éste y designasen en su testamento un tutor para su hijo, ¿producirá efectos jurídicos tal nombramiento, y en concurrencia con el tutor legítimo, es á saber, el cónyuge, éste obtendrá que la tutela se le transfiera? Creemos que no.

El tutor que cumple con sus deberes no puede ser exonerado de su cargo. Además, no es aplicable á este caso el precepto del artículo 210, relativo á que si apareciese un tutor nombrado por el padre, hallándose en ejercicio otro tutor legítimo ó dativo, se le transferirá á aquél inmediatamente la tutela, y decimos que no es aplicable porque el expresado art. 210 se refiere á tutor nombrado por testamento con anterioridad al tutor legítimo, y que por contingencias extrañas ó causa justificada no pudo personarse á ejecutar sus derechos y tomar posesión del cargo.

Ahora bien: si el cónyuge falleciese, es nuestra opinión la de que entrará en el desempeño de la tutela el tutor testamentario nombrado por el padre. De igual suerte, si estando en el desempeño de la tutela de su hijo incapacitado, el padre ó madre supérstite designase en su testamento un tutor, se le tendrá por nombrado y se le posesionará del cargo con preferencia á los demás tutores legítimos que menciona el art. 220 del Código civil.

El orden que sigue el Código en el llamamiento no requiere

explicaciones, porque su comprensión es tan fácil como la de todos los artículos que se ciñen á enumerar determinadas personas para el ejercicio de ciertos derechos que llevan consigo la reciprocidad de las obligaciones.

Después de los padres, y para el caso de que falleciesen sin testamento, ó sin nombrar tutor, ó se incapacitasen, coloca el Código á los hijos, luego á los abuelos, hermanos, y finalmente, hermanas solteras, con la preferencia del doble vínculo. Dando la primacía á la masculinidad, prefiere siempre á los varones, y si fuesen los concurrentes de ambas líneas del mismo sexo, llama á los que procedan de la línea paterna.

Tal es el artículo que, en nuestro sentir, no requiere más estudio.

SECCIÓN TERCERA

De la tutela de los pródigos.

En latín *prodigus*, tanto quiere decir en romance como desgastador de sus bienes. Así dice la Ley 5.ª del tít. XI de la 6.ª Partida, y esta es seguramente la más concisa y explícita definición de la prodigalidad.

Toda restricción impuesta al libre ejercicio del derecho de propiedad tiene un fin social. Dentro de la esfera privada, el Estado no debe penetrar si los derechos de tercero no se lesionan. La declaración de pródigo y la limitación consiguiente de la capacidad que las leyes imponen al que dilapida sus bienes, por el puro capricho de dilapidarlos, tienen por primordial fundamento, como todas las limitaciones de los derechos del individuo, el interés público, el bienestar de la colectividad.

Dice Ahrens: «La propiedad existe para un objeto y uso racionales; se halla destinada á satisfacer las di-

ferentes necesidades de la vida humana; por consiguiente, todo abuso, toda destrucción arbitraria es contraria al derecho y debe ser prohibida por la ley."

Añade luego que es preciso que el abuso sea público para que la ley pueda alcanzarle.

Este exactísimo principio que formula Ahrens, con relación al uso de la propiedad en sí misma, tiene una aplicación inmediata á la disponibilidad de la propiedad cuando ésta afecta á personas interesadas á quienes perjudica la conducta del que destruye una fortuna sin más norte que la satisfacción de sus caprichos.

Porque la propiedad existe para un objeto y un uso racionales, y el Estado debe impedir un uso contrario de las normas de la razón, los Códigos limitan al pródigo su capacidad prohibiéndole la administración de sus bienes, y colocándolos bajo el amparo y solicitud de otra persona en sanidad de espíritu.

Pero seguramente que el Estado se mueve impelido por un interés público, por la subsistencia de la familia, célula primera del organismo social, por el porvenir de los hijos, cuyo desamparo recae en daño de todos, y también en cumplimiento de las funciones tuitivas que el Estado debe ejercer sobre todos los ciudadanos.

De aquí que la ley no intervenga cuando se trata de un individuo aislado, y de aquí también que al sentir el clamor angustioso de una madre, el grito de auxilio de unos hijos ó unos padres ancianos, se inmiscuya para evitar la ruina que en caso contrario habría de sobrevenir.

Han estimado muchos que la prodigalidad es una enfermedad mental que impulsa, con la violencia del

delirio, al pródigo á derrochar los bienes sin parar mientes en aquellos seres para con los cuales le ligan, además de obligaciones ineludibles, afectos purísimos que sólo pueden borrarse cuando una gran perversión moral se apodera del individuo. En verdad que desde este punto de mira, la prodigalidad reúne tales caracteres que no hay inconveniente en admitir la doctrina de que constituye un estado morboso mental, susceptible de tratamiento y curación. Pero sea de ello lo que quiera, es lo cierto que el pródigo se incapacita para administrar sus bienes, y que como tal incapacitado, necesita de una persona que venga á suplir las restricciones que la ley le impone.

El Código se adapta á la teoría y á los precedentes patrios. Si el pródigo es el desgastador de sus bienes, á remediar este daño debe limitarse la acción del Estado.

Así lo hace el cuerpo legal que estudiamos, y por ello establece que la declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

En sus líneas generales, la prodigalidad está tratada con ajuste á los principios del Derecho natural; veamos si el articulado responde á los propósitos del legislador.

ART. 221. La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.

La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

Concordancias.—Análogo á los artículos 286 y 299 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 187 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 222. Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí ó á instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores ó estén incapacitados.

Concordancias.—Análogo al art. 300 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 188 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 223. Cuando el demandado no compareciere en juicio, le representará el Ministerio fiscal, y, si éste fuera parte, un defensor nombrado por el Juez, sin perjuicio de lo que determine la ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía.

Concordancias.—Análogo á los artículos 284 y 299 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 189 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 221, 222 y 223.—*Juicio de prodigalidad.*—Decimos lo que en otras ocasiones. Por la analogía y relación de la materia tratamos los tres artículos en un solo comentario.

Comienza la sección tercera estableciendo en el art. 221 que la declaración de incapacidad debe hacerse en juicio contradictorio. Prescindimos de la redacción incorrecta del artículo. Al cabo se comprende y ojalá pudiera decirse de todos lo mismo. La mani-

festación del Código no huelga ni mucho menos, y aunque no tiene precedentes en las leyes sustantivas españolas, una ley adjetiva por excelencia, es á saber, la de Enjuiciamiento civil, claramente da á entender el procedimiento que habrá de seguirse. Dice el art. 483 de la expresada ley que se decidirán en juicio de mayor cuantía: 3.°, las demandas relativas á derechos políticos ú honoríficos, exenciones y privilegios, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas. El juicio ordinario de mayor cuantía con todos sus complicados trámites, es, pues, el que hay que entablar para obtener la declaración de prodigalidad.

¿Quiénes pueden pedir la declaración de prodigalidad?—Establece el art. 222 que sólo pueden pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge del pródigo y los herederos forzosos del mismo, y por excepción el Ministerio público cuando fuesen menores ó estuviesen incapacitados el cónyuge ó los parientes que tienen por la ley derecho á promover el juicio.

De este artículo venimos á parar á la conclusión de que cuando el pródigo sea soltero, sus padres hubiesen fallecido y no tenga otros parientes que le hayan de suceder ab intestato, no podrá tachársele legalmente de pródigo, porque no habrá nadie que pueda promover el juicio, á cuyo término venga la declaración de prodigalidad.

Si ésta fuese tan ostensible que no cupiera la menor duda de la dilapidación del caudal, debiera extenderse la facultad á todas aquellas personas que tuviesen un derecho dependiente de la existencia de la fortuna del pródigo. Así, v. gr., si hubiese recibido una herencia ó legado con la condición de entregar determinada pensión mensual, y derrochase de tal suerte sus bienes que peligrara el cumplimiento de la obligación y acaso el relativo bienestar de dicha persona. Lo mismo que si la disposición testamentaria impusiese al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones en favor de estudiantes ó de los menesterosos, etc. En el primer caso la persona interesada y en el segundo el Ministerio público deberían tener facultad para solicitar la declaración de prodigalidad, si ésta estuviese justificada por los actos del heredero que tendiesen á la desaparición de la herencia, sin perjuicio de las garantías que después se obtuvie-

ran, relativas á la inscripción del gravamen si estuviese impuesto sobre bienes inmuebles y la carga fuese temporal, ó á la capitalización de la misma si fuese perpetua.

Pero al cabo el Código no les concede este derecho; sólo queda el recurso de lamentarlo amargamente.

En el art. 223 se sienta la misma regla que en el art. 215 con respecto á los locos, es á saber: «Si el demandado no compareciese, el Ministerio público le representará en el juicio; mas si éste representase al cónyuge menor ó parientes menores ó incapacitados, entonces se le nombrará al supuesto pródigo un defensor. »Este nombramiento ha de hacerse precisamente por el Juez, y tendrá á su cargo la representación del pródigo, sin que esto implique que no haya necesidad de Procurador y Letrado que le defiendan. En rigor, el cargo de defensor viene á ser una especie de curador *ad litem*, como ya hemos dicho.

Si el presunto pródigo, una vez citado al juicio y emplazado en forma, se personara en tiempo en los autos y defendiese sus derechos, para nada necesitará del defensor; puesto que ostenta una capacidad plena, está en la integridad de sus derechos civiles y puede por sí, consiguientemente, comparecer en juicio. La ley, si se constituye en rebeldía, interviene y le nombra un defensor; mas cuando se presenta en el palenque judicial á luchar por sus derechos, á sostener su capacidad con entero vigor, la ley prudentemente se retira, guarda un significativo silencio que descansa sobre el principio de que el pródigo no es tal para la ley, ínterin el Juez ó el Tribunal superior lo declaren.

¿Puede el pródigo allanarse á la demanda de prodigalidad?— Numerosas cuestiones asaltan inmediatamente el pensamiento, alguna de ellas verdaderamente interesante. Sólo una vamos á plantear para esclarecimiento del artículo, firmes en nuestro propósito de contribuir á la mejor y más exacta aplicación de los preceptos del Código.

La cuestión, y en verdad que es algo vano y pomposo el nombre, es la siguiente: ¿puede el pródigo allanarse á la demanda de prodigalidad? Distingamos bien entre allanamiento y rebeldía ó contumacia. El allanamiento, como su nombre indica, consiste en manifestar conformidad con la demanda, de suerte que es la confesión más absoluta y explícita que puede hacerse; pero esta confesión ha de ser en los autos, así, v. gr., al evacuar el

traslado de contestación á la demanda, de suerte que supone la personación en forma ante el Juzgado que conoce del pleito. La rebeldía es precisamente la no comparecencia á contestar, el abandono de los términos. De consiguiente, así como la primera es una confesión expresa, de la segunda puede decirse que es una confesión tácita. En la primera la voluntad se manifiesta espontánea por actos positivos. En la segunda se deriva de una omisión.

En el segundo caso no hay cuestión, porque el Código la ha resuelto con sencillez, disponiendo que represente al pródigo el Ministerio público ó un defensor nombrado por el Juez; mas no ha dicho categóricamente nada respecto al extremo que ahora discutimos.

Argumento en pro hay uno, á saber, que el Código no lo ha prohibido, y en su consecuencia, que está facultado el pródigo para allanarse á la demanda. Argumento en contra hay otro, que consiste en deducir que el Código considera indispensable el juicio cuando ha establecido, acaso con manifiesta redundancia, que la declaración de prodigalidad ha de obtenerse mediante juicio *contradictorio*.

Descendiendo ahora de este terreno, que pudiéramos llamar legal y constituído, al constituyente, digamos que nuestra opinión es contraria totalmente á la teoría de que el pródigo puede allanarse á la demanda.

Entendemos que las alteraciones del estado civil de una persona, cuando provienen de causa de incapacidad, no pueden fundarse en la manifestación del presunto incapaz, quien acaso se conduzca con miras interesadas, sino que es necesario derivarla de los hechos comprobados. No se declara pródigo á una persona porque así lo diga, como no se declara loco á nadie en tanto no se demuestre. Este principio ha movido á los legisladores de algunos países á estampar en los Códigos preceptos consagrados á negar eficacia á la prueba de confesión; sirva de ejemplo el artículo 479 del Código mejicano, cuyo contexto es el siguiente: «La prodigalidad se prueba por los medios ordinarios. La confesión no servirá nunca de prueba.» Además, si por la rebeldía, que, según hemos dicho, viene á ser una especie de confesión tácita, se designa un defensor al pródigo para que le represente, durante el transcurso del juicio, por el allanamiento, confesión

expresa, débesele de igual suerte, si no mantuviese su derecho excepcionando las acciones producidas de contrario, nombrar un defensor que, por su oposición, dé la cualidad de *contradictorio* al juicio de que se trata, ó mejor dicho, para que se discutan los hechos alegados, y la justificación ó falta de prueba de los mismos sea la base de donde arranque la sentencia del juzgador, tanto para consignar solemnemente la declaración, cuanto para fijar las facultades y restricciones del desgastador de sus bienes. Al cabo la diferencia de los casos tratados radica en los accidentes, mas no en la esencia. Tal creemos que es el espíritu del Código; acaso nos engañe esa especie de fenómeno de espejismo, que se produce muy amenudo en la interpretación de las leyes creyendo ver el oculto pensamiento del legislador identificado con el nuestro; empero en esta ocasión vienen en nuestro apoyo los argumentos del Derecho filosófico.

Una sola pregunta para pasar adelante: ¿estará obligado el defensor del pródigo á agotar los recursos legales en contra de la sentencia que declare á su defendido desgastador de sus bienes, *prodigus* según las Partidas, ó cumplirá con su deber si consiente la pronunciada en primera instancia? Opinamos que se ajustará á las normas estrictas de la ley si la consiente, porque el art. 221 queda cumplido; sin embargo, aconsejamos que, sin rayar en temeridad sosteniendo en conciencia, imposibles, lleven á la serena discusión de la segunda instancia el pleito si creyesen que se lesionaban en algo los derechos de su patrocinado ó que la declaración de prodigalidad era injusta.

Dejando aparte estas cuestiones, avancemos en nuestro estudio.

Añade el art. 223 que esto ha de entenderse «sin perjuicio de lo que determine la ley de Enjuiciamento civil sobre los procedimientos en rebeldía». De suerte que si el presunto pródigo no compareciere dentro de los términos que la ley preceptúa, no se practicará diligencia alguna en su busca, y todas las providencias que de allí en adelante recaigan en el pleito, y cuantos emplazamientos y citaciones deban hacérsele, se notificarán y ejecutarán en los estrados.

Esto se deduce del artículo que comentamos; mas como el mismo artículo establece que si no compareciere el demandado le representará el Ministerio público, y si éste fuere parte, un

defensor nombrado por el Juez, sospechamos que la declaración de rebeldía del pródigo se extiende á más transcendentales efectos. Dice el art. 762 de la ley de Enjuiciamiento civil que desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía, además de practicarse lo que ordena el art. 281, se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio. Y ocurre preguntar: ¿es aplicable la disposición de este artículo al pródigo rebelde, siquiera tenga en los autos una legítima representación, bien por el Ministerio público ó bien por el defensor que el Juez le nombre?

Discutible es, en verdad, porque la ley de Enjuiciamiento civil sin duda se refiere al aseguramiento de bienes litigiosos ó de deudas no satisfechas; en una palabra, al objeto del juicio, y en el caso del pródigo, por lo que atañe al aseguramiento, diríamos que era preciso asegurar todos sus bienes, lo que equivaldría á prejuzgar el pleito, arrebatándole la administración antes de la declaración de prodigalidad. Sin embargo, entre el pro y el contra que presentamos para mayor claridad de la cuestión, optamos por el pro.

Seguramente la rebeldía del pródigo aporta la persuasión al ánimo, de que, en efecto, aquel que huye ante los argumentos del contrario, sin acudir al palenque del foro á reñir la batalla, es porque se rinde ante la evidencia de la demanda, y así como la ley, movida de esta persuasión cuando el demandado no comparece, avanza hasta el embargo de sus bienes, así también cuando el pródigo lleva á tal extremo su abandono, el supuesto de su prodigalidad se robustece y da margen al aseguramiento del caudal, objeto de la dilapidación. Además, ¿qué otra cosa quiere decir el art. 223 que estudiamos, al enunciar las frases «*sin perjuicio de lo que determine la ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía*», sino esto mismo que decimos?

A los términos de las actuaciones, tanto en los trámites de contestación á la demanda y súplica, como á los de la prueba y conclusiones, no se referirá solamente: 1.°, porque el Código previene que si no compareciere el pródigo se le nombrará defensor, y es de suponer que éste, acto continuo, comparecerá y le serán notificados todos los proveídos que se dicten; 2.°, por-

que el art. 766 de la ley expresada de Enjuiciamiento dispone que cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso. Es evidente que á los fines del artículo transcrito surte análogo efecto la comparecencia del pródigo que la de su defensor ó representante. Luego si no se refiere al vencimiento de los términos con exclusividad, claro es que hace directa alusión al aseguramiento de los bienes.

Si el pródigo compareciese cuando el defensor estuviere en el desempeño de sus funciones, ¿cesará en su cometido? Entendemos que sí, siquiera sea solamente porque habiendo cesado la causa de su nombramiento, debe cesar su cargo. Y en este caso, ¿podrá el presunto pródigo pedir el alzamiento del embargo ó embargos trabados? Evidentemente. El art. 768 de la repetida ley de Enjuiciamiento está terminante. «Podrá también pedir, dice, que se alce la retención ó el embargo de sus bienes, alegando y justificando cumplidamente no haber podido comparecer en el juicio por fuerza mayor insuperable». Mas para que el pleito no detenga su curso, dispone la ley que la solicitud referida se sustanciará como incidente en pieza separada.

El juicio, como es sabido, finaliza por sentencia. La que se dicte cuando aquél haya versado sobre la capacidad dudosa del pródigo, determinará, según previene el segundo párrafo del artículo 221, los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

Nada puede sostenerse respecto de esto, porque los Jueces, según lo alegado y probado, habrán de decidir, siguiendo un criterio libre, los derechos y restricciones del pródigo. No cabe fijar reglas en cosas tan variables; mas con todo, puede afirmarse que si el pródigo tiene bienes propios que el día de mañana habrán de constituir la legítima de sus hijos, se le impedirá que los enajene, ó grave con carga alguna real, como hipoteca, censo, etc. Asimismo podrá también prohibírsele que tome dinero á préstamo. Y nada decimos de los bienes conyugales, porque éstos, á tenor del art. 225, los administrará la mujer, ni de los de los hijos del primer matrimonio, que los administrará el tutor nombrado.

Una última aclaración. Contra la sentencia declarando la prodigalidad caben todos los recursos que la ley de Enjuiciamiento establece.

El Código portugués, llevando su previsión á un punto quizás exagerado, ordena en el art. 345 que la sentencia recaída se ejecutará, y consiguientemente que la apelación se admitirá en un solo efecto, es á saber, el devolutivo. Ni nuestros proyectos de 1851 y 1882, ni nuestro Código vigente dicen una sola palabra que pueda alterar la regla terminante del art. 382 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Derecho vigente.— *Civil.*— 1.° La declaración de prodigalidad deberá obtenerse en juicio civil ordinario de mayor cuantía; sin que surta efectos jurídicos el allanamiento á la demanda del presunto pródigo.

2.° El supuesto incapaz puede comparecer por sí mismo con la asistencia de Letrado y Procurador que lo defiendan y representen en el juicio. Si no compareciese, le representará el Ministerio fiscal, y si éste fuese parte en el juicio, se le designará por el Juez un defensor.

3.° Esto se entiende sin perjuicio de lo determinado por la ley de Enjuiciamiento civil para los juicios en rebeldía; de modo que, en nuestro sentir, puede pedir el que insta la prodigalidad, si el demandado fuese declarado rebelde, el embargo de los muebles y la anotación preventiva de los inmuebles, garantizando de este modo las resultas del juicio.

4.° La sentencia que se pronuncie determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

5.° Sólo pueden pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge y herederos forzosos del supuesto incapaz. Si fueren menores ó estuvieren incapacitados, el Ministerio fiscal les representará, instando el juicio por sí ó á petición de algún pariente de las personas que tienen derecho á pedir la declaración de incapacidad. (Apéndice núm. 1. *De los juicios en rebeldía.*)

ART. 224. La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

Concordancias.—Análogo al art. 303 del proyecto de 1851, é igual al art. 190 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El precepto que vamos á estudiar condensa en dos líneas la situación del pródigo después de la declaración de prodigalidad. Es, en verdad, un progreso notable esta sencillísima regla, que si bien á simple vista se reduce á su estricto contenido, tiene mucho que estudiar si se ahonda en las relaciones con otros artículos del cuerpo legal que comentamos, que sin hablar del pródigo, con su silencio le atañen directamente.

Venimos repitiendo que el pródigo sólo muestra el desequilibrio de sus facultades en el orden económico, mas no en el natural, porque si es cierto que los efectos transcienden, también lo es que su conducta se atempera á la usual, á diferencia del loco y del demente, que atentan contra su persona y contra la de sus hijos, á quienes desconocen.

De aquí que los Códigos ponen coto al desarreglo del que no sabe administrar, y desconoce el valor del dinero, del que sólo se guía por el incentivo del placer, dilapidando los medios con que lo obtiene, sin parar mientes en los estragos que causa ni en la desamparada situación en que deja á sus hijos. Mas basta con privarle de la administración de los bienes.

Sería una crueldad intolerable privarle de la autoridad marital y paterna, y colocarle, por lo que á la persona respecta, bajo el cuidado de un tutor que le fijase los alimentos y le restringiera su libertad.

Ahora bien: la autoridad marital y la paterna, si subsistentes, sufrirán una limitación por lo que respecta á los bienes, porque, en efecto, la mujer será la que administre los conyugales y los de los hijos comunes, y el tutor administrará los de los hijos habidos en matrimonio anterior.

Acaso el Código civil, al emplear la palabra autoridad, ha querido dar á entender que los hijos, después de la declaración

de prodigalidad de su padre y aun habiéndola ellos promovido, están obligados á obedecerle y á tributarle respeto y reverencia cuando se emanciparen. Asimismo ha querido decir que la mujer debe obedecer al marido, á tenor del art. 57 del Código.

La autoridad marital se extiende á otros extremos, tales como el deber de la mujer de seguir á su marido donde quiera que fije su residencia, el de representarla en juicio, salvas las excepciones del art. 60; el de otorgar consentimiento para que la mujer pueda adquirir por título oneroso ó lucrativo, enajenar y obligarse. Con relación á estos extremos creemos que el primero subsiste, y que consiguientemente la mujer está obligada á seguir á su esposo donde éste fije su residencia; empero no subsisten los demás, que de facultades se tornan en restricciones de la capacidad del pródigo. Tanto más nos confirmamos en el significado de la palabra autoridad empleada por el art. 224 que estamos estudiando, cuanto que á mayor abundamiento viene el art. 66 dándonos la razón y estableciendo que lo estatuído en la sección que se ocupa de los derechos y obligaciones entre marido y mujer, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad, *prodigalidad* ó interdicción del marido.

Lo propio decimos del poder sobre los hijos. Se reduce á ejercer autoridad sobre sus personas; mas por lo que atañe á los bienes, es la madre la que los administra si fuesen hijos comunes, y si fuesen hijos del pródigo habidos de otra mujer en matrimonio anterior, entonces el tutor será el que administre los bienes de éstos.

Una duda nos sugiere el artículo actual, que vamos á exponer brevemente. Sabido es, á tenor del art. 159, que el padre, y en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que estén bajo la patria potestad. El art. 160 añade que los bienes que el hijo no emancipado adquiera con su trabajo ó industria ó por cualquier título lucrativo, pertenecen en propiedad al hijo y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía. Pues bien: en el caso de que el padre haya sido declarado pródigo, nos encontramos de una parte con que ejerce autoridad sobre sus hijos; los tiene, pues, en su potestad y compañía. En cambio, la madre será la administradora legal de los bienes.

El artículo citado 160 no concede la administración al padre

y á la madre conjuntamente porque no prevé el caso de división de facultades, sino á uno de los dos, al que los tenga en su potestad y compañía. ¿Cómo se compagina este precepto con la situación que la sentencia declarando la prodigalidad crea? ¿Disfrutará el padre del usufructo, ó será la madre la que perciba dicha utilidad, ó la partirán como ganancia común? Es punto reservado á la equidad, puesto que el Derecho escrito nada preceptúa.

Ahora bien: la equidad es relativa, como todo lo que procede de la apreciación de un criterio libre, de tal suerte que aquello que á unos parece justo, á otros se les antoja arbitrario. Hecha esta advertencia, á guisa de disculpa, digamos que, según nuestro entender, el usufructo que el Código civil concede al padre ó la madre sobre los bienes de los hijos no emancipados que viviesen bajo su potestad y *compañía*, es un premio, una graciosa remuneración de los afanes y desvelos empleados, y una especie de indemnización muy justa del deber do los padres de suministrar alimentos. Siendo esto así, es llano que, pues en el caso que estudiamos es la madre la que administra los bienes de los hijos, sea ella la que perciba el usufructo de esos mismos bienes, quedando sujeta á las obligaciones de todo usufructuario y á las limitaciones que establece el art. 1.403. Además, el usufructo es una secuela, si vale la expresión, de la tenencia de los bienes, de su posesión, y la regla invariable es la de que quien tiene los bienes con derecho perciba los frutos, máxime cuando el pródigo se ve privado de la administración por su conducta reprobable.

Así resolveríamos nosotros, siquiera porque la misma ley que rige lo principal, rige también lo accesorio. Acaso los Tribunales perciban distintos puntos de mira para apreciar la cuestión en otro sentido.

Recapitulando, pues, las limitaciones de la capacidad del pródigo, redúcense exclusivamente al orden económico y quedan al prudente arbitrio de los Tribunales, los cuales podrán incapacitarle para enajenar, recibir dinero á préstamo, permutar, contratar en una palabra, toda vez que el consentimiento de esencia en el contrato se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la ley establece (art. 1.264 del Código).

El contrato, como de necesidad en la vida social, tiende siem-

pre á la satisfacción de necesidades recíprocas. Cuando éstas se contienen dentro de un grado prudente, la libertad de contratación no puede ser limitada sino en cuanto lesione un interés social ó verse sobre cosas imposibles ó inmorales; mas cuando sin freno ni límite se traspasa ese prudente grado, medida común de las necesidades, viene la ley, restringe la capacidad y priva del consentimiento. Esto sucede con el pródigo. Por eso los Tribunales pueden privarle de la contratación, que al cabo ésta engendra obligaciones que transcienden en el orden de los bienes. ¿Podrán privarle los Tribunales de obligarse por lo que atañe á sus servicios personales, tales como los propios de su carrera ó profesión? De ninguna manera, y es más, creemos que las utilidades que obtuviere sólo podrán sufrir merma en el caso que los hijos ó el cónyuge necesitasen alimentos por la cantidad á que éstos ascendiesen.

Suplirá la falta de capacidad del pródigo el tutor, con estricto ajuste á las facultades que se le hayan conferido en la sentencia que declare la prodigalidad.

La ley 5.ª del tít. XI de la Partida 5.ª, después de establecer que se le diere guardador al pródigo por el Juez, añadió: «Ningund prometimiento que despues de esto fiziesse non valdria nin fincaria por ello obligado si non en la manera que diximos en la ley ante desta, del pupillo.»

Restricciones mucho mayores é infinitamente más gravosas impusieron las Partidas al desgastador de sus bienes. La ley 13 del tít. I de la Partida 6.ª, cuyo encabezamiento es: «Quien puede fazer testamento é quien non,» dice así: «Otrosi el que fuesse salido de memoria, non puede fazer testamento mientras que fuere desmemoriado: nin el desgastador de lo suyo, á quien ouiesse defendido el Juez que non enajenasse sus bienes. Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento valdria.»

Esta incomprensible limitación del derecho de testamentifacción activa ha desaparecido hoy de nuestro Código, porque la rechazan de consuno la equidad y el progreso de los tiempos.

¿Qué peligro puede haber en que el pródigo disponga de sus bienes por acto de última voluntad?

Absolutamente ninguno. Si el pródigo otorgase un testamento contrario á la ley, y por ejemplo, no respetase las legítimas de los hijos, ó las redujese indebidamente en beneficio de

un extraño, ¿no tendrían sus descendientes inmediatos el derecho de solicitar la nulidad del testamento ó de pedir el complemento de sus legítimas? Además, la incapacidad del pródigo no es absoluta como la del loco ó la del menor de catorce años, y las limitaciones de los derechos civiles tienen que guardar estrecha correlación con las facultades del individuo.

Hoy el Código incapacita para testar (art. 663) á los menores de catorce años y al que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio; pero nada más.

Lo mismo decimos de la prohibición de ser testigo en los testamentos que le imponía la ley 9.ª del mismo título y Partida antes citados, prohibición que también ha sido borrada de los Códigos. Y no nos detenemos en la que contiene la ley 4.ª del título XVI de la Partida 6.ª, porque ésta subsiste recogida en el número 1.º del art. 237 del Código civil.

Aún llevó más allá la ley de Partidas su crueldad con el pródigo, prohibiéndole en la ley 2.ª del tít. VI de la 3.ª Partida ser *bozero* ni por sí ni por otro.

Véase, pues, confirmado lo que dijimos al comienzo del comentario que terminamos. Este sencillo precepto del art. 224 representa un notable progreso en relación con las leyes que sobre la materia han venido rigiendo.

ART. 225. El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.

Concordancias.—Análogo á los artículos 304 y 305 del proyecto de 1851, é igual al 191 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Este artículo no es más que un corolario del anterior, y es tanta la relación que guardan uno y otro, que in-

sensiblemente, y abandonados á la corriente de la deducción, hemos en el comentario último penetrado en la jurisdicción del presente. El trabajo, pues, está hecho, y sólo resta fijar algunos detalles.

Las reglas que se sientan son sencillísimas y sumamente justas.

Cuando el declarado pródigo tuviere hijos de un matrimonio contraído con anterioridad, el tutor que se le nombre, se limitará, con independencia de las facultades que la sentencia declarando la prodigalidad le confiera, á administrar los bienes de los expresados hijos. Y aquí nos encontramos con un caso de tutela que no puede denominarse doble, porque tanto para el pródigo como para sus hijos se contrae á la administración de los bienes, pero que, esto no obstante, extiende su acción benéfica á dos personas.

Esta dualidad de atribuciones precisamente exige que la fianza sea proporcional á la importancia de la administración, y decimos lo propio del tanto por ciento remuneratorio. El prudente arbitrio del consejo de familia determinará su cuantía, no perdiendo de vista las circunstancias singulares del caso de que se trata. El tutor, por lo que á los hijos respecta, queda sometido á todas las prescripciones que el Código civil establece en cuanto á la tutela de los menores, incluso la de suministrar alimentos á los hijos del pródigo. Así, v. gr., el pródigo conserva la patria potestad, mas sus facultades se reducen á ordenar y no á ejecutar. Tiene, pues, el pródigo el deber de alimentar y educar á sus hijos menores; pero como los medios indispensables para esto, es á saber, los bienes de fortuna, los administra el tutor, resultará que, de hecho, será el tutor el obligado á alimentar y educar al menor, con sujeción á las disposiciones de su padre, ó si éste no las diese, á las que adoptare el consejo de familia.

También pudiera acontecer que los hijos del segundo matrimonio, hermanos consanguíneos de los del primero, careciesen de lo necesario para la subsistencia, así como la madre. En este caso, entendemos que los pudientes están obligados á suministrar alimentos á los necesitados, á tenor de lo preceptuado por el art. 143 del Código civil. Evidentísimo es que el tutor, como legal administrador de los bienes de los menores, debido á la prodigalidad de su padre, detraerá aquella parte que los Tribu-

nales estimen necesaria, puesto que es opinión nuestra la de que el tutor, sin una declaración del Juzgado que justifique la inversión, no puede dar curso distinto á fondos consagrados á otro objeto.

De la propia suerte que el tutor del pródigo queda obligado, por lo que á los hijos de éste respecta, á proporcionarles los memedios indispensables para los alimentos, debe formalizar el inventario dentro del término que el consejo de familia le señale; administrar el caudal con la diligencia y cuidado de un buen padre de familia; solicitar la autorización del consejo cuando el Código la requiere (art. 269), y finalmente, procurar la intervención del protutor siempre que la ley lo ordene.

Respecto de los bienes dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal, la mujer por derecho propio será la que los administre. El Código se manifiesta constante en el principio, digno de alabanza, de que cuando el marido se imposibilite por cualquier causa para ejercer la administración que la ley le otorga, en mérito á su cualidad de jefe de la familia, sea la mujer la que venga á sustituirle en tanto el vínculo matrimonial no se relaje por causa de divorcio, ó se disuelva la sociedad de gananciales por ausencia de uno de los esposos ó condena que consigo lleve la interdicción civil (artículo 1.449 del Código).

Esto mismo se observa cuando el marido es declarado ausente (art. 183); ó cuando la locura ó la demencia se apodera de su cerebro (art. 220).

Concluye el artículo estableciendo garantías para el pródigo y sus hijos. En efecto, la mujer, para enajenar tanto los bienes dotales como los parafernales, como los de la sociedad matrimonial, como los de los hijos comunes, necesitará de la autorización judicial.

El procedimiento que habrá de seguirse para obtener dicha licencia es el determinado en los artículos 2.011 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, alterado por la naturaleza del asunto. Para obtener licencia judicial no hay en la expresada ley más procedimiento que el indicado. Parécenos lógico que tratándose de conseguir igual efecto, se haga extensivo el mismo trámite.

Procuraremos condensarlo en breves líneas.

La mujer que pidiere la venta de alguno de sus bienes dotales, parafernales, de la sociedad conyugal ó de los hijos comunes, deberá, en el escrito que ante el Juez presente, expresar el motivo de la enajenación y el objeto á que debe aplicarse la suma que se obtenga. Ofrecerá justificar la necesidad y utilidad de la enajenación. Para ello, si hubiese de valerse de la prueba testifical, habrán de deponer tres testigos, respecto de cuyo conocimiento dará fe el actuario, y si no los conociese, se acreditará dicha condición con dos testigos de conocimiento, es decir, conocidos del actuario y que á su vez conozcan á los deponentes. Hecha la justificación, se le conferirá traslado al Ministerio fiscal para que exponga sobre ello su dictamen. Evacuado el traslado, el Juez sin más trámites concederá ó denegará la licencia por auto fundado, contra el cual cabe la apelación, que habrá de admitirse en ambos efectos.

Entendemos que, tratándose de la mujer del pródigo, no se necesita la subasta pública. Así, pues, podrá vender sin otro requisito que la licencia judicial y la audiencia del Fiscal y de las personas que mencionan los tres números primeros del art. 205 de la ley Hipotecaria, si la madre tratare de vender bienes de los hijos comunes, en los cuales tuviere el usufructo.

Hoy es cierto que han desaparecido las diferencias que había entre los peculios del hijo en razón de su procedencia; mas el Código civil, en su art. 163, impone á los padres la expresa obligación establecida en la sección 3.ª del tít. V de la ley Hipotecaria, ó sea que los bienes inmuebles que forman parte del peculio se inscriban á nombre del hijo, si ya no lo estuvieren, con expresión de esta circunstancia, y que los muebles pertenecientes al mismo peculio los asegure el padre con hipoteca especial, si pudiere.

Las personas á que nos hemos referido, y que deberán ser escuchadas en el expediente de licencia judicial en el caso enunciado más arriba, son: 1.°, aquellas de quienes procedan los bienes en que el peculio consista; 2.°, los herederos ó albaceas de dichas personas, y 3.°, los ascendientes del menor. Y omitimos el núm. 4.°, que se contrae á la madre si estuviese legalmente separada de su marido, porque precisamente es la que pide la licencia para enajenar.

(Apéndice núm. 2. *De la enajenación de bienes de menores ó incapacitados y transacción acerca de sus derechos.)*

ART. 226. Los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad.

Concordancias. — Análogo al art. 301 del proyecto de 1851, é igual al art. 192 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo es sustancialmente igual al 301 del proyecto de Código de 1851. En efecto, ambos sientan el mismo principio de que los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad. El susodicho proyecto añadía: «pero sí los que hayan mediado entre la demanda y la ejecutoria cuando manifiestamente adolezcan de aquel vicio ó cuando el Tribunal haya nombrado administrador interino.» Hoy el Código pasa silencioso; mas su mutismo en esta ocasión nada significa, toda vez que de la redacción del art. 226 se desprende con claridad que la prohibición sólo alcanza á los actos anteriores á la demanda, mas no á los posteriores. Las prohibiciones deben constar en un texto expreso de la ley. Así, pues, los actos ejecutados por el presunto pródigo con posterioridad á la demanda, podrán ser tachados de nulidad y declarados nulos cuando ostensiblemente se viese que habían sido realizados con la dañada intención de esterilizar en sus efectos la expresada demanda de interdicción: mas si, v. gr., el pródigo probare que había enajenado determinado inmueble para atenciones de la vida, entonces claro es que la demanda de nulidad no prosperaría, porque es regla en esta clase de incapacidades parciales, si se tolera la expresión, la de que el incapaz posea cierta cantidad para aplicarla á las más urgentes atenciones; que al cabo no se trata de un menor, sino de un mayor que conserva sobre su persona la plenitud de sus derechos.

Cruel sería que los efectos de la sentencia declarando la prodigalidad se retrotrayeran á tiempo anterior al de la demanda, porque dado este caso, ¿qué estabilidad tendría la contratación y á dónde iría á parar el respeto de los derechos legítimamente adquiridos? Además, se tornaría en un medio expedito para defraudar á los acreedores. Nada más fácil que la confabulación de

marido y mujer al efecto de salvar sus intereses dilapidados. Si los actos del pródigo anteriores á la demanda fuesen nulos, bastaría que la mujer pidiese y comprobase, cosa harto fácil siendo el hecho exacto, la prodigalidad del marido para rescatar sus bienes, en daño gravísimo de los compradores y con menoscabo de la moral y ruina del Derecho.

El legislador tiene que partir de un término y suponer que antes de ese jalón que deslinda, el acusado con posterioridad de pródigo pudo consentir con entera libertad contratando válidamente.

¿Qué tiene que ver con este acto lícito de emancipación, ó arrendamiento, ó préstamo, ú otra cualquiera obligación, una causa que hay que presumir, en puridad de lógica, sobrevenida después? Mas cuando la demanda se ha presentado y la tacha de pródigo ha caído sobre el dilapidador, varía totalmente el aspecto de las cosas, y á contar de dicho instante, jalón divisorio, como antes hemos enunciado, la conducta del demandado queda en entredicho, y su capacidad para contratar, puesta en tela de juicio. Aventuradísimo es en tal situación contratar con el presunto pródigo. La ley todavía nada le priva; empero la conducta de un imprudente no puede merecer tantos respetos, y el Código no prohibe que, mediante el correspondiente juicio, se declare la nulidad de los actos del pródigo. Adoptando este temperamento ecléctico, se combinan los derechos de los interesados en la demanda sin perjuicio aparente de nadie, siquiera bien examinado sufran detrimento, sobre todo si la astucia, compañera de la malicia, se aúnan para inutilizar las resultas efectivas de la declaración de prodigalidad.

En nuestros estudios de legislación comparada hemos tenido ocasión de observar que algunos Códigos extranjeros, como final de la sección, título ó capítulo en que tratan de la prodigalidad, fijan un límite, pasado el cual puede el pródigo pedir que cese la tutela que sobre él pesa, si en debida forma prueba su buena conducta y previo el acuerdo del tutor. Esto dice el art. 482 del Código mejicano, señalando el plazo de tres años, durante cuyo transcurso se deriva que el pródigo habrá de permanecer en tutela. El Código portugués adopta el mismo temperamento, siquiera aumente en dos años más el plazo.

Es de extrañar que nuestro Código civil haya permanecido

silencioso sin recoger el precepto. De su silencio hay que deducir que el caso del pródigo queda englobado en la regla general del artículo 278, es á saber: «Concluye la tutela por haber cesado la causa que la motivó cuando se trate de incapaces, sujetos á interdicción ó pródigos.» Parécenos más lógico fijar un plazo, como lo hacen los mencionados Códigos. Siguiendo el principio del artículo 278, acto continuo de haberse declarado la prodigalidad puede el pródigo intentar que se le levante la tutela. Evidente es que los Jueces rechazarán la pretensión; pero no podrán excusarse de tramitarla.

La buena conducta se prueba con el tiempo. Por eso, para evitar vejámenes, el Código ha debido, ya que tenía el modelo, copiarlo, introduciendo un precepto que, en nuestro criterio, reúne, además de un sentido eminentemente práctico y jurídico, un estricto ajuste á la equidad. Dedúcese de estas reglas que exponemos otra incontrovertible, es á saber: «que la ejecutoria que declare la prodigalidad, así como aquella que niegue haber cesado la causa de la tutela, no producen la excepción de cosa juzgada ni cabe contra ellas el recurso de casación, puesto que no tienen el carácter de definitivas.»

ART. 227. La tutela de los pródigos corresponde:
1.° Al padre, y en su caso, á la madre.
2.° A los abuelos paterno y materno.
3.° Al mayor de los hijos varones emancipados.

Concordancias.—Análogo al art. 302 del proyecto de 1851, é igual al 193 del de 1882, menos en el 2.° caso, que dice: «á los abuelos paterno y materno si se hallaren, á juicio del consejo de familia, en edad de desempeñarlo.»

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Este artículo introduce una novedad en nuestro Derecho. El proyecto de 1851, en la necesidad de establecer un orden en el llamamiento de los parientes á la tutela del pródigo, dijo: «El padre será *de derecho* curador del hijo pródigo. En

los demás casos corresponde al consejo de familia el nombramiento de curador y del adjunto, *pudiendo recaer* en la madre del pródigo.» Nótese la diferencia radical. Nuestro Código civil vigente no dice que sea el padre *de derecho* el curador del pródigo, mas expresa que *la tutela de los pródigos corresponde*, como queriendo dar á entender que, con efecto, *de derecho* pertenece á las personas enumeradas en el artículo que estudiamos. Volvemos á encontrar aquí latente la misma pugna con el art. 206 que en comentarios anteriores hemos tratado, y es que la tutela de los pródigos, lo mismo que la de los locos y dementes, es por su naturaleza legítima, y en su defecto dativa, pero jamás testamentaria. Siguiendo la comparación del proyecto de 1851 con el Código actual, observamos que en dicho proyecto, fuera del padre, la tutela del pródigo forzosamente había de ser dativa, es decir, deferida por el consejo de familia. Hoy, en cambio, la tutela del pródigo corresponde en defecto del padre á la madre, á los abuelos paterno y materno, descartando á las abuelas, y al mayor de los hijos varones emancipados.

Es sumamente curioso indagar las causas que han impulsado al legislador á variar totalmente de pensamiento, y como antecedente vamos á transcribir el breve comentario que puso el señor García Goyena al art. 302 del proyecto de 1851, con cuyo artículo hemos comparado el que estamos tratando. «La mujer y el hijo, dice, pueden, sin ofensa de la piedad y del decoro, ser curadores del marido ó padre locos, según los artículos 292 y 293; pero ¿cómo serlo de los pródigos? Esto sería una *escandalosa perturbación* de los respetos naturales en el hijo y además la discordia en el matrimonio. Tampoco se declara á la madre curadora legítima, aunque puede serlo dativa, porque no será siempre igual su prestigio ó fuerza para contener el hijo pródigo.» Prosiguiendo el comentario, añade: «Por manera que no se reconoce al padre ni á la madre respecto del pródigo la facultad que les da el art. 294 respecto de los locos, dementes y sordomudos, ó sea nombrarles curador por testamento.» Véase de qué modo tan radical cambian las opiniones de los legisladores, porque no hay que olvidar que García Goyena tradujo fielmente las inspiraciones de los afamados civilistas de la época. En verdad que nuestro Código actual, por lo que al cónyuge respecta, no le nombra tutor legítimo del pródigo, mas esto es porque le faculta para administrar los

bienes dotales, parafernales, de la sociedad conyugal y los de los hijos comunes; pero todos los apóstrofes violentos que lanza García Goyena caen sobre la cabeza de los redactores del cuerpo legal objeto de nuestro análisis, por lo que respecta á la madre y al hijo, admitidos á la tutela legítima del pródigo.

Nos ha llamado la atención, y por eso lo hemos copiado, el párrafo dedicado á hacer constar de un modo categórico la prohibición que el proyecto de 1851 impuso á los padres de nombrar tutor por testamento al hijo pródigo, y con ello volvemos á la cuestión batallona relativa á la antinomia profundísima que existe entre el art. 227 y los 206 y 207. Éstos confiriendo facultad al padre, madre y al extraño para nombrar tutor por testamento al incapacitado; aquél estatuyendo severamente: «la tutela de los pródigos corresponde al padre, en su caso á la madre, á los abuelos paterno y materno y al mayor de los hijos varones emancipados.» Son estos dos artículos imposibles de concordar y revelan la precipitación, si no arguyen olvido. Mas volviendo á anudar el hilo del comentario actual, ¿qué motivo poderoso se ha interpuesto, qué sólida razón, qué necesidad sentida es la que ha impelido al legislador á trastornar completamente el orden del llamamiento para la tutela legítima de los pródigos? Nosotros no la percibimos con toda claridad. Sin embargo, queremos descubrir, por lo que á la madre respecta, la razón que el Código ha tenido para darla entrada en la tutela legítima del pródigo, y en nuestro sentir no es otra que el acrecentamiento de sus derechos y prerrogativas, debido al rescate definitivo de su potestad.

Por lo que al hijo atañe, algo significa el argumento del señor García Goyena, pero también es digno de ser notado que las atribuciones del tutor del pródigo son muy restringidas, y que la libertad personal la garantiza cumplidamente el Código. Seguramente que la facultad más vejatoria y la inconciliable con el orden de la naturaleza y de la ley, sería la de que el padre quedase bajo la dependencia personal del hijo; mas desde el instante que el artículo 224 del Código civil, análogo al art. 303 del proyecto de 1851, establece que la declaración de prodigalidad no atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo, todo peligro desaparece y los aspavientos del docto comentarista pierden su fuerza. Si no es este razonamiento el que ha impulsado al legislador á reformar su criterio sobre el particular, entonces hay que reco-

nocer que se ha movido á impulsos del capricho. Nosotros nos adherimos en esta cuestión al Código civil moderno.

Dice el núm. 3.° del art. 227 que á falta del padre y madre entrarán en el desempeño de la tutela el abuelo paterno, y en su defecto el materno. Nótese que se excluye intencionalmente á las abuelas. Acaso se estima que el prestigio y fuerza del abuelo es mucho mayor que el de la abuela, la que, por la debilidad de su sexo, acrecentada por los achaques de la edad, carecerá de la autoridad suficiente para contener los desvaríos del pródigo. El número 4.° del mencionado artículo llama, en defecto de abuelo paterno y materno, al mayor de los hijos emancipados. ¿De qué emancipación se trata? El Código no distingue, y de seguir su texto literal habrá que deducir que lo mismo los emancipados por concesión graciosa de los padres que por precepto categórico de la ley, tienen el derecho á la tutela legítima de que habla el artículo objeto de nuestro estudio. Creemos, no obstante, que el Código se refiere á los hijos emancipados legalmente por la mayoría de edad. Diremos los motivos en que se basa nuestro pensamiento. Esa escandalosa perturbación de los respetos naturales del hijo para con su padre, de que Goyena habló al comentar el artículo 302 del proyecto de 1851, seguramente se consumaría confiriendo á un menor de veintitrés años emancipado la tutela de su padre pródigo. Cierto que la patria potestad termina por la emancipación, pero no lo es menos que un reflejo de dicha autoridad persiste todavía así como un crepúsculo del poder llegado á su ocaso. Buena prueba nos da de lo que sostenemos el artículo 317 del Código civil, que limita la capacidad del emancipado ínterin llegue á la mayor edad para enajenar y gravar bienes inmuebles y tomar dinero á préstamo sin consentimiento del *padre*, en su defecto de la madre, y á falta de ambos, sin el de un tutor.

Ahora bien: es contrario al respeto natural y á los más sanos principios de equidad que el hijo, todavía sometido á la autoridad paterna en ciertos y determinados actos, sea el tutor de su padre.

¿No sería, por otra parte, censurable y odioso el espectáculo de un menor emancipado pero sin capacidad plena de derecho, desempeñando la tutela de su progenitor?

El pródigo no adolece de una incapacidad absoluta, y ha de serle dolorosísimo el sometimiento legal á su hijo.

Pero acatando el precepto legal, reconocemos que cuando el hijo ha traspasado los confines de la minoridad, su capacidad se perfecciona y surge su personalidad de derecho libre totalmente, en tanto conserve la sanidad de su razón ó cometa actos que como consecuencia lleven una limitación de las prerrogativas de todo ciudadano. Entonces padre é hijo son dos individualidades, cada una de las cuales tiene una órbita de acción y desenvolvimiento. Débele el hijo al padre la reverencia y respeto, pero no la sumisión que engendra la obediencia; mas en el orden de los bienes, la separación es total, no hay esas dependencias impuestas por la ley, ya no pueden quebrantarse esos respetos y esa sumisión que antes de la mayor edad asomaban como obstáculos invencibles á la tutela. Seguramente que el hijo mayor de edad será el más solícito y vigilante tutor que pueda tener el padre, no sólo por el cariño filial, acrecentado á la vista del extravío, salvo contadas excepciones, sino porque el interés propio intervendrá en provecho del caudal sometido á la administración del hijo, que al cabo aquellos bienes que el padre dilapidaba y destruía son los que el día de mañana han de pasar por título de herencia á poder del hijo tutor y de sus hermanos.

Por estas razones reputamos que el núm. 3.º del art. 227 debe interpretarse otorgando la facultad de desempeñar la tutela legítima del padre pródigo al mayor de los hijos mayores de edad.

SECCIÓN CUARTA

De la tutela de los que sufren interdicción.

«La interdicción, considerada en sus efectos civiles, dice Escriche, lejos de ofrecer el carácter de una pena dura que equipare al interdicto al que sufre la muerte natural, como se advierte en el Código francés y otros extranjeros, que privan al penado de la propiedad de los bienes que poseía, pasando á los herederos legítimos, y de la facultad de adquirir por sucesión,

puede considerarse en la generalidad de los casos más bien que como un castigo del criminal, como un beneficio dispensado á su familia y á otras personas inocentes, puesto que evita el abuso que podía hacer el penado de los derechos de que se le priva en perjuicio de estas personas.» Esto dice el autor citado, y en verdad que sus juiciosas palabras encierran un fondo indiscutible.

La interdicción civil tiene el doble carácter de pena y de medida de defensa social.

Como pena, reviste la condición de accesoria; como defensa social, es una de las manifestaciones de la función tuitiva del Estado, que protege los derechos del interdicto y ampara las esperanzas de sus legítimos sucesores.

Cuando el delito cometido es tan grave que la pena que se impone lleva consigo el aislamiento criminal de la parte sana de la sociedad y su reclusión en el presidio, donde arrastra la cadena, se parte de la certidumbre, producida por la comprobación del delito, de que el individuo es tan refinado en sus maldades y ha descendido tanto en el nivel moral de la sociedad, que es de todo punto imposible su comunicación con los otros seres de la misma.

Ahogada la vida de relación, la vida civil tiene forzosamente que perecer, cuanto que, á mayor abundamiento, la ley parte del principio de que para ejercer la potestad paterna se necesita una pureza de afectos de que carece el interdicto; para contratar, una conducta honrada y una buena fe que tampoco se encuentra en el morador de los presidios; para ejercer la tutela y formar parte del consejo de familia, aquella

misma apacibilidad de carácter y dulzura de sentimientos que jamás se hallaron en ese contraste violento del género humano, que se llama asesino y parricida.

La ley le arrebata todos estos derechos del ciudadano y crea ese estado particular, llamado de interdicción, pálido reflejo de aquella muerte civil, verdadero emparedamiento legal, si vale la expresión tan ominosa y tan cruel.

Pero la ley no puede borrar la persona, ni los derechos que nacen de la existencia; podrá, sí, impedir su ejercicio; pero no debe desamparar al que yace en el fondo del calabozo. De aquí la tutela, que viene á suplir la incapacidad del condenado y á llenar cumplidamente aquellos deberes para con los hijos y aquellos cuidados para con los bienes que se ve privado de ejercitar el que padece la interdicción.

El Código civil trata de esta tutela sucintamente. La somete á las mismas reglas generales que las demás que hemos examinado, y traza luego los preceptos que la particularizan y concretan. Quiénes pueden ser tutores del interdicto; hasta dónde alcanzan sus facultades; en qué situación quedan los hijos; quién ejerce sobre ellos la potestad. Todos estos puntos interesantes determina el Código, y habremos de tratarlos con la detención que se merecen.

ART. 228. Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos ab-intestato del penado.

Concordancias.—Análogo al art. 279 del proyecto de 1851, é igual al 194 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 229. Esta tutela se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado.

El tutor del penado está obligado además á cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor.

La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

Si fuere menor, obrará bajo la dirección de su padre y, en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor.

Concordancias.—Igual al art. 198 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 230. La tutela de los que sufren interdicción se defiere por el orden establecido en el art. 220.

Concordancias.—Igual al art. 196 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 228, 229 Y 230.—Una vez que sea firme la sentencia en que se haya impuesto la interdicción civil, queda el penado incapaz de efectuar los actos propios de la vida jurídica, excepto el de otorgar testamento. Veamos por vía de ilustración el origen de la pena de interdicción civil.

No es más, como ya hemos expresado, que una degeneración de la antigua muerte civil de que las Partidas se ocuparon. La ley 2.ª del tít. XVIII de la Part. 4.ª dice como sigue: «Ciuil muerte es dicha una manera que y ha de una pena que fué establecida en las leyes contra aquellos que fazen tal yerro, porque merescen ser judgados ó dañados para auerla. E esta muerte atal que es llamada ciuil se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre que labrasse las obras del Rey; assí como lauores de sus castillos ó para cauar arena, ó traerla á sus cuestas, ó cauar en las minas de sus metales, ó á seruir para siempre á los que han de cauar ó de traer, ó en otras cosas semejantes destas, é este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es quando destierran alguno por siempre, e lo embian en algunas islas ó en alguno otro lugar cierto onde nunca saiga; e le toman demás todos los bienes; e este atal es llamado en latín *deportatus*. E por qualquier destas maneras sobredichas que es alguno juzgado ó dañado á esta muerte, que es llamada ciuil, desátase por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos; e salen por ende de su poder. E como quier que el que es deportado, non sea muerto naturalmente: tienen las leyes que lo es quanto á la honra e la nobleza de este mundo. E por ende non puede fazer testamento.»

He aquí la cruelísima ley de Partidas concerniente á la muerte civil. Dulcificóse algo su dureza en las leyes de Toro, porque, en efecto, la ley 4.ª dijo: «Mandamos que el condenado por delito á muerte civil ó natural, pueda facer testamento y codicilos ó otra cualquier voluntad ó dar poder á otro que lo faga, como si fuese condenado; el qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fuesen confiscados, ó se ovieren de confiscar ó aplicar á nuestra cámara, ó á otra persona alguna.» Esta ley la transcribió la 3.ª del tít. XVIII del libro diez de la Novísima Recopilación, y así subsistió la muerte civil hasta que recibió el golpe de gracia al promulgarse la pragmática de 12 de Mayo de 1771, ley 7.ª del tít. XL del libro doce de la

referida Novísima, por la que se abolió la perpetuidad de las penas.

El Código penal de 1870 estableció como pena accesoria la interdicción civil de la propia suerte que ya la había establecido el Código de 1848, y así subsiste, produciendo en el penado las siguientes limitaciones de su capacidad jurídica. Prívale mientras la esté sufriendo de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría (hoy pudiera decirse protutela), participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Es de advertir que la interdicción civil se impone como pena accesoria sólo en estos dos casos: 1.°, cuando el reo haya sido condenado á cadena perpetua (art. 54 del Código penal); 2.°, cuando lo haya sido á cadena temporal (art. 57 del mismo Código). Mas no son estas solas las limitaciones de la capacidad jurídica del interdicto Bien examinadas las leyes, la susodicha pena extiende sus efectos á otros órdenes que no menciona el art. 43 del Código penal, tanto por lo que atañe al Derecho civil como al mercantil y al procesal.

Examinemos sumariamente cada uno de estos derechos con relación al caso.

Restricciones de la capacidad del interdicto.

1.° *Derecho civil sustantivo.* —El penado con la interdicción civil, ¿podrá reconocer á su hijo natural? En nuestro sentir, sí. La pena no borra los lazos creados por la sangre; la restricción de la capacidad se contrae al ejercicio de la patria potestad. De suerte que en este caso que tratamos, el interdicto no gozará de este eminente derecho que concede el art. 154 del Código al padre sobre sus hijos naturales reconocidos, pero podrá reconocerlos. ¿Podrá adoptar el interdicto? Estimamos que no. Al cabo la adopción tiene por objeto crear por la ley una relación de afecto entre adoptante y adoptado, que en definitiva se traduce por la supremacía del primero y la dependencia del segundo en idéntica situación á la del padre é hijo. Ni es factible suponer esta pureza de sentimientos en el que arrastra una cadena recluído en el presidio, ni aunque se supusiera podría tener lugar el efecto de más transcendencia de la adopción, á saber, el ejercicio de la potestad. Con la adopción por el interdicto nada se consigue; con el reconocimiento del hijo natural, despejar la situación legal de

una persona, arrancar una víctima al torno y quién sabe si proporcionarle un porvenir, máximé cuando el hijo al llegar á la mayor edad puede combatir el reconocimiento (art. 133 del Código).

Pasando más adelante, hallamos que el Código civil no restringe la testamentifacción activa del condenado á interdicción, pero le incapacita para ser testigo en los testamentos. El número 7.º del art. 681 dice terminantemente: «No podrán ser testigos en los testamentos los que estén sufriendo pena de interdicción civil.»

Esta pena constituye causa de desheredación: en efecto, el artículo 853 expresa que serán justas causas de desheredación de los hijos y descendientes tanto legítimos como naturales, además de las señaladas por el art. 756 en los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, el haber sido condenado por un delito que lleve consigo la interdicción civil.

Tampoco puede el interdicto desempeñar el albaceazgo, puesto que carece de capacidad para obligarse, y además, porque está imposibilitado de ejercer este cargo sosteniendo en juicio y fuera de él la validez del testamento.

Trascendentalísimos efectos produce la interdicción con respecto al matrimonio, considerado en sí mismo y con relación á los bienes de los cónyuges: en sí mismo considerado, como la interdicción civil es pena accesoria que supone la pena principal de cadena perpetua ó temporal, es causa de divorcio á tenor del artículo 105 del Código.

En cuanto atañe á los bienes, el Código está claro y terminante: el art. 1.433 establece que el marido y la mujer podrán solicitar la separación de los bienes y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiere sido condenado á una pena que lleve consigo la interdicción civil. Añade á continuación que para que la separación se decrete bastará presentar la sentencia firme por la que se condene al culpable. Acordada la separación, dice el art. 1.434, queda disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación conforme á lo establecido por el Código.

Resta sólo saber la situación legal de la mujer y de los bienes del matrimonio, y provee á este particular el art. 1.436, estatuyendo que si la separación se hubiera acordado á instancia de la mujer por interdicción del marido, se transferirá á la misma la

administración de *todos los bienes del matrimonio* y el derecho á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido.

Nada decimos respecto de la contratación, toda vez que es sabido que el interdicto queda incapacitado para administrar sus bienes.

2.° *Derecho mercantil.*—Basta enumerar dos artículos. «Art. 13 del Código de Comercio. No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa ó económica en Compañías mercantiles ó industriales: 1.° Los sentenciados á pena de interdicción civil, mientras no hayan cumplido sus condenas.»

En consonancia con esta declaración categórica, viene la del artículo 222: «Las Compañías colectivas y en comandita se disolverán además totalmente por las siguientes causas: 2.° La demencia *ú otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes.*» Recordemos al efecto el art. 43 del Código penal.

Es inútil detenerse más en estas consideraciones, bastando fijar la atención en que por el mismo motivo legal que no se puede ejercer el comercio cuando sobreviene la imposición de la pena de interdicción civil, tampoco se puede continuar su ejercicio, siendo por lo tanto causa de inhabilitación que consigo lleva la finalización de los contratos ó su rescisión, como, v. gr., establece el art. 280 para el contrato de comisión, cuando el comisionista muriere ó se inhabilitare.

3.° *Derecho procesal.*—El art. 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil dice: «Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos ó los que deban suplir su incapacidad con arreglo á derecho.» El art. 101 de la ley de Enjuiciamiento criminal establece que la acción penal es pública, y que todos los españoles pueden ejercitarla; mas el art. 102 exceptúa de esta facultad: 1.° Al que no goce de la plenitud de los derechos civiles, salvo que la ejercitase por delitos ó faltas cometidas contra su persona ó bienes de sus cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos ó uterinos y afines.

4.° *De otros efectos legales de las penas de interdicción civil.*—Todavía la ley lleva su previsión á más alto grado y sobrada-

mente garantiza los bienes del interdicto, fundamenta las justas esperanzas de sus herederos y da la voz de alerta á los terceros que incautamente vinieron á contratar, desconociendo la incapacidad del condenado. Varios preceptos de tres diversas leyes se ocupan de estas medidas de garantía, siendo de notar el silencio del Código, que ha debido consagrar un artículo á estos efectos.

La ley de Enjuiciamiento criminal dice en su art. 995 que cuando la pena impuesta sea la de interdicción civil, cuidará el Juez ó Tribunal de que se observen las reglas establecidas en el artículo 4.° de la ley de 18 de Junio de 1870 sobre efectos civiles de la interdicción (reglas que, como luego veremos, han sido derogadas), y de que se inscriba la prohibición de disponer de los bienes en los Registros de la Propiedad de los partidos en que el penado los tuviere. En cuanto concierne á los bienes matrimoniales cuando el cónyuge hubiere solicitado la separación, el art. 1.437 del Código civil expresa que la demanda de separación y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar ó inscribir en los Registros de la propiedad que corresponda, si recayese sobre bienes inmuebles.

Confirmando los dos artículos precedentes de la ley de Enjuiciamiento criminal y del Código civil, viene el número 4.° del artículo 2.° de la ley Hipotecaria, que establece que en los Registros expresados en el artículo 1.° se inscribirán... 4.° Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, *se imponga la pena de interdicción* ó cualquiera otra que modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes.

Art. 15 de la propia ley Hipotecaria: «Las inscripciones de las ejecutorias mencionadas en el núm. 4.° del art. 2.° y en el art. 5.° de esta ley, y las anotaciones preventivas de las demás á que se refiere el núm. 5.° del art. 42, expresarán claramente en ella la incapacidad que de dichas ejecutorias ó demandas resulte.

Art. 42. Podrán pedir la anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente... Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.° del art. 2.° de esta ley.

Art. 43. ...En el caso del número 5.° de dicho artículo anterior, deberá hacerse también la anotación en virtud de providen-

cia judicial, que podrá dictarse de oficio cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, á su prudente arbitrio, lo estimase conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio.

Art. 73. ...Cuando la anotación deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos á su favor. También podrán anotarse en este caso los bienes no inscritos, siempre que el Juez ó el Tribunal lo ordene, y se haga previamente su inscripción á favor de la persona gravada por dicha anotación. (Véanse además los artículos 4 °, 22 y 152 del Reglamento general para la ejecución de la ley Hipotecaria.)

Por resolución de la Dirección general de los Registros, que lleva la fecha de 13 de Agosto de 1863, se ordenó que los Registradores abrieran un libro en papel de oficio, y todas sus hojas fuesen selladas y rubricadas por el Juez respectivo, insertándose en la primera una nota comprensiva del número de folios. En este libro, por orden alfabético y numeración correlativa parcial de cada letra, se asientan los nombres de los incapacitados para disponer de sus bienes futuros, con una breve noticia del mandato judicial que lo disponga. Presentado que sea el mandamiento judicial, si los penados no tuvieren bienes, ó, teniéndolos, la incapacidad se extendiese á los que pudiesen adquirir en lo sucesivo, extenderán los Registradores en el libro de incapacitados la noticia que se previene en la disposión anterior.

Al pie del mandamiento judicial pondrán la nota de haberse llevado á efecto la inscripción, si tuviese bienes, ó de no haberse podido inscribir ni anotar por carecer de ellos, tomando noticia de la interdicción, respecto de los que pudieran adquirir en lo sucesivo, en el libro de incapacitados, bajo tal letra y número, y este mandamiento lo devolverá al Tribunal de donde proceda. Al margen del asiento de presentación se pondrá una nota igual á la mencionada en el párrafo precedente.

El duplicado de sentencia ó mandamiento que debe quedar en el Registro lo numerará el Registrador y lo colocará en el legajo correspondiente. Siempre que el penado á interdicción adquiera inmuebles ó derechos, á continuación del asiento se inscribirá la sentencia ó mandato del Tribunal con referencia al duplicado que conserva el Registrador.

Esta es la importante resolución de 31 de Agosto de 1863, que ha sido aclarada por otras posteriores, dimanantes de la Dirección general de los Registros.

Resolución de 1.° *de Junio de* 1864.—El Registrador debe extender en el libro de incapacitados, no sólo los asientos relativos á la interdicción por razón de delitos, sino también los que se decreten por incapacidades físicas ó morales, porque aunque la disposición de 13 de Agosto de 1863 se adoptó para los casos de interdicción impuesta como pena á los procesados criminalmente, que es á lo que se contrajo dicha disposición, tiene perfecta aplicación á los casos de interdicción por incapacidad física ó moral, puesto que en unos y otros tiene la disposición su razón de ser, que es la falta de bienes de los incapacitados y la posibilidad de que los adquieran en lo sucesivo, sin que influya en nada la causa ó motivo de la interdicción, por lo cual procede inscribir en el mencionado libro las providencias judiciales declarando la incapacidad de una persona para poder disponer de sus bienes por efecto de enajenación mental ú otras causas.

Resolución de 16 *de Diciembre de* 1864.—Es sumamente sencilla, y se contrae á expresar que la declaración judicial de incapacidad debe inscribirse en el cuaderno de los interdictos por causas criminales.

Resolución de 8 *de Junio de* 1865.—No se encuentran términos hábiles dentro de la ley Hipotecaria para inscribir el mandamiento judicial en que se declara incapacitada á cierta persona para vender, gravar y permutar cualquier clase de bienes que pueda tener, supuesto que esa declaración de incapacidad no ha sido hecha en sentencia dictada en juicio solemne y contradictorio, en cuyo único caso debería ser registrada en el libro especial que para esta clase de sentencias deben llevar los Registradores, y procede denegar la inscripción de un mandamiento judicial por el que se previene al Registrador no inscriba contrato ninguno otorgado por cierta persona.

Finalmente, y como remate del bosquejo que venimos haciendo, insertamos el art. 60 de la ley del Registro civil, cuyo texto literal es como sigue:

«Al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente, en uno de los dos libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma oficina del Registro, los ac-

tos siguientes concernientes á las personas á quienes aquéllos se refieran... 8.º Las interdicciones de bienes por efecto de la imposición de pena... 14. Y en general, todos los actos jurídicos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción principal, según las disposiciones de esta ley.»

Hasta aquí el cuadro general de la interdicción civil, abarcando su historia, sus efectos en los órdenes civil, mercantil y procesal, las garantías con respecto á los inmuebles establecidas por la legislación Hipotecaria y por las resoluciones de la Dirección general de los Registros, y, finalmente, la anotación en los libros del Registro civil, nivel de la ciudadanía, de las alteraciones del estado jurídico del condenado á la interdicción. Reputábamos necesario este trabajo recopilando todas las disposiciones desperdigadas en diversas leyes, no tan sólo para mayor facilidad del estudio, sino para la más cumplida probanza de la incapacidad del interdicto. A la manera que el movimiento se prueba andando, la restricción de la capacidad de derecho del condenado se demuestra reuniendo en apretado haz toda la labor legal consagrada á prevenir los efectos de la interdicción.

Ejecución de la sentencia penal en la que se imponga la interdicción civil.—Ahora podemos penetrar con paso sereno en el estudio minucioso de los artículos objeto del presente comentario.

Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, dice el art. 228 del Código, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Son éstos relativos á que el Juez municipal provea al cuidado de los bienes del interdicto y al de los hijos, si no hubiese personas obligadas á ello, hasta que se designe tutor, y á que se constituya el consejo de familia de oficio ó á excitación fiscal. Por la redacción del artículo, y por tratarse de una intervención fiscal que ha de surgir en la ejecución de la sentencia que condene al culpable á la pena de cadena perpetua ó temporal, entendemos que los representantes del Ministerio público en las Audiencias pedirán que por el Tribunal sentenciador, que es el competente para ejecutar la sentencia, á tenor del art. 985 de la ley de Enjuiciamiento criminal, se comuniquen las órdenes oportunas á los efectos determinados. El Código no puede en modo alguno referirse á los funcionarios que desempeñan la fiscalía en los Juzga-

dos municipales, porque á conocimiento de éstos no llega la sentencia dictada.

De la publicación y notificación del fallo definitivo al Ministerio público arranca el deber que le impone el Código, bajo la más severa responsabilidad de los daños y perjuicios que pudieran sobrevenir.

Una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889 consigna, con relacion al extremo que estudiamos, las siguientes palabras:

«La intervención judicial y la del Ministerio fiscal cesa desde que el consejo queda constituído, salvo el caso singular en que, según el art. 302, deba presidirlo el Fiscal municipal; por cuya razón sería ocioso decir cosa alguna respecto al modo de darse tutor, si no fuera porque el art. 228 impone á dicho Ministerio el deber de pedir su nombramiento para los condenados con la pena de interdicción civil. A este propósito importa tener en cuenta que, defiriéndose la tutela por testamento, por la ley ó por nombramiento del consejo de familia, y correspondiendo á éste la facultad de declarar la preferencia que deba darse entre varios tutores testamentarios cuando hubiere más de uno en identidad de circunstancias, y no atribuyéndose á los Jueces la facultad de designar sin forma de juicio la persona que en cada caso concreto deba reputarse llamada á la tutela por el testador ó por la ley, al consejo por analogía debe reconocerse esa facultad.

Así, pues, los Fiscales de las Audiencias, tan luego como fuere firme una sentencia en que se imponga la pena de interdicción civil á una persona que no estuviese sometida á la patria potestad ó ya sujeta á la tutela, y á quien por ello deba darse tutor, ordenarán al Fiscal municipal del domicilio del reo que promueva la formación del consejo de familia, á fin de que por éste se constituya la tutela que procediere, ya legítima, ya dativa, encargándose que le dé parte de quedar constituída.»

Existe diferencia entre nuestro dictamen y el expresado por la Fiscalía del Supremo. Según ésta, el Ministerio público, procediendo por sí y ante sí, ordenará al Fiscal municipal que promueva la formación del consejo. Nosotros creemos que tratándose de una ejecución de sentencia, al Ministerio fiscal, parte que ha sido en el juicio, le incumbe instar ante la Sala sentenciadora, y á ésta le corresponde por propia competencia ordenar al Juz-

gado municipal del domicilio del reo la constitución del consejo de familia.

Ambas resoluciones responden á un mismo propósito, puesto que su finalidad es idéntica. La distinción radica en el procedimiento, y á nosotros, salvando todo linaje de respetos, nos parece más acomodado á la ley el que indicamos.

También tienen el deber de pedir que el Juzgado municipal proceda á la formación del consejo los parientes del penado á quienes corresponda la tutela legítima y los parientes con derecho á formar parte del consejo de familia.

Constituído el consejo de familia, nombrado el protutor y designado tutor el pariente que le corresponda, según el llamamiento que establece el art. 230 del Código, en directa relación con el 220, comenzará el ejercicio de la tutela, que, aparte de regularse por los principios generales estatuídos por el Código para la formación de inventario, prestación de fianza, remuneración del tutor, intervención del protutor, licencia del consejo para ciertos actos y contratos, rendición de cuentas, registro de la tutela, etc., aparte de estos principios generales, que, repetimos, le son aplicables, habrá de regirse por los especiales establecidos para la tutela de los que sufren interdicción.

El antecedente más genuíno de los artículos 229 y 230 del Código se encuentra en la ley de 18 de Junio de 1870, aprobada por las Cortes en 24 de Marzo del mismo año, en cuyo art. 4.° se determinaron con exactitud los efectos civiles de la interdicción. Decían las reglas de la expresada ley que si el penado con la interdicción fuese soltero y estuviese emancipado, se le proveyera, según su edad, de curador ejemplar ú ordinario, á fin de que administrase sus bienes y aplicase los productos, en la parte necesaria, á cubrir sus obligaciones. En relación con esta regla viene el art. 229 del Código perfeccionando y complementando la doctrina y expresando que la tutela de los que sufren interdicción se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado. Ya hemos visto sobre este particular las restricciones de los artículos 2.° y 102 de las leyes procesales civil y criminal.

El segundo párrafo del art. 229 es verdaderamente funesto porque su vaguedad induce á presunciones contrarias seguramente del espíritu del Código y de la intención de los legislado-

res. El tutor del penado, expresa, está obligado, no sólo á administrar los bienes del interdicto y á representarlo en juicio, sino además á cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo *la autoridad* del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor. La palabra autoridad comprende la patria potestad producida por el nacimiento de hijos de legítimo matrimonio, por la legitimación, el reconocimiento y la adopción; comprende también el poder que ejercen los tutores sobre los menores ó incapacitados sometidos á su guarda. En este caso hay necesidad de interpretarla en ambos conceptos: 1.º Cuando el interdicto sea viudo y tenga hijos bajo su potestad. Evidente es que la regla viene entonces como de molde á normalizar la situación, y con efecto, los hijos del penado entrarán en la tutela interina del guardador de su padre hasta que se les provea de otro tutor. Mas cuando la madre viva, el precepto que examinamos, que, como es visto, tiene un carácter generalísimo, está en aparente pugna con el consignado en el párrafo siguiente del mismo art. 229. 2.º Regirá también dicho precepto cuando en el momento de la condena tuviese el interdicto bajo su tutela á menores ó incapacitados. Este segundo caso puede sostenerse que raya en las fronteras de lo imposible, porque desde el instante que el delincuente cometiere el delito en pena del cual habrá de sufrir interdicción, se inhabilitará y será removido del cargo por su conducta depravada y por la imposibilidad de ejercer la tutela desde la celda de la cárcel. De suerte que, ajustándonos rigorosamente á la realidad, el párrafo segundo del art. 229 sólo rige para el caso de que el penado fuese viudo y tuviese hijos bajo su potestad, ó estuviese separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, habiendo sido ésta la culpable.

Añade el tantas veces repetido art. 229 que la mujer del penado ejercerá la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

Lo mismo disponía la regla octava del art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870.

El Código civil concede á la madre la potestad sin limitación de ninguna clase; así, pues, los hijos la deberán obediencia; la madre tendrá el deber de alimentarlos y de corregirlos moderadamente; en compensación, será la administradora legal de los

bienes de los hijos comunes, y percibirá el usufructo de los que el hijo no emancipado adquiera con su trabajo ó industria, no pudiendo enajenar estos bienes sino por causas justificadas de necesidad ó utilidad y previa la autorización judicial. Esto por lo que respecta á la persona de los hijos: Mas ¿y por lo que atañe á los bienes matrimoniales? Porque es de extrañar que teniendo el Código un precedente tan explícito como las reglas 4.ª y 7.ª del decreto de Junio de 1870, no haya hecho en este sitio una referencia concreta á la doctrina que sobre el particular desarrolla en su libro cuarto.

Siendo el cónyuge, el primero llamado al desempeño de la tutela, según el orden que fija el art. 230 en relación con el 220, y correspondiéndole la administración de los bienes del interdicto y la potestad de los hijos, es lo racional y lo jurídico que asimismo le corresponda la administración de los dotales, de los parafernales y los de la sociedad conyugal.

¿Podrá la mujer del penado con la interdicción, vender libremente los bienes que le pertenezcan? Contestamos negativamente. Esta ventaja no la obtiene la mujer, ni aun habiendo pedido y obtenido la separación de los bienes de la sociedad conyugal.

Veamos ahora la confirmación de estas reglas por las disposiciones del Código civil.

El art. 1.433 establece que el marido y la mujer *podrán solicitar* la separación de los bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiere sido condenado á una pena que lleve consigo la *interdicción civil*.

El 1.434 preceptúa que, acordada la separación, quedará disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación conforme á lo prevenido por el Código.

Pero el artículo más interesante con relación á nuestro estudio actual es el 1.436. Dice así: «Si la separación se hubiere acordado á instancia de la mujer por interdicción civil del marido, se transferirá á la misma la administración *de todos los bienes del matrimonio* y el derecho á todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido.» Empero á pesar de tanta liberalidad del Código para con la mujer, no podrá ésta, á tenor del art. 1 444, enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquéllos cuya administración se le haya conferido.

Retrotrayéndonos al punto de donde nos hemos apartado, digamos ahora que las facultades de la mujer como tutora del interdicto se amplían ó restringen, según pida ó no la separación. En el primer caso, administrará la mujer los dotales, los parafernales, los de la sociedad conyugal, los bienes propios del marido, los de los hijos comunes, y además hará suyos los gananciales que con posterioridad se produzcan, con exclusión absoluta de su cónyuge. Además, podrá enajenar estos bienes, previa la licencia judicial. Cuando no pida la separación, administrará los mismos bienes enumerados, pero no hará suyos los gananciales. En confirmación de lo dicho viene el art. 1.441, que enuncia categóricamente y sin exigir como condición previa la de haber pedido la separación de los bienes conyugales, que la administración de los del matrimonio se transferirá á la mujer: 1.°, siempre que sea tutora de su marido con arreglo al art. 220 (aplicable al caso en cuestión)...; 3.°, en el caso primero del art. 1.436, ó sea cuando la separación se hubiese acordado por causa de interdicción civil.

Para concluir este comentario, que va adquiriendo demasiada extensión, vamos á fijarnos un momento en el último número del art. 229 y en el 230.

Dice el primero que cuando la mujer del penado fuese menor obrará bajo la dirección de su padre, y en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor.

Según el núm. 1.° del art. 220, aplicable, á tenor del art. 230, la tutela del interdicto corresponde en primer término al cónyuge. ¿Y si éste fuese menor? En nuestro sentir, también: precisamente entonces será cuando obre bajo la dirección de su padre ó su madre ó el tutor.

Conocida es nuestra opinión, expuesta en otro lugar de este tomo, y allí nos remitimos, reproduciendo las razones que entonces alegamos para fundar nuestro criterio. Respecto á que la tutela se defiere por el orden establecido en el art. 220, también huelga detenerse en comentar un precepto de referencia á otro artículo ya comentado. Lo que á la sazón dijimos tiene aplicación al caso actual, salvando menudas diferencias que no pueden escapar al buen juicio de nuestros lectores.

CAPÍTULO IV

DE LA TUTELA DATIVA

En defecto de tutor testamentario y de parientes llamados por la ley al desempeño de la tutela, á la sociedad le compete el cuidado de los menores ó incapacitados que no pueden defenderse. El Estado, en su representación social, se ha subrogado, valga la expresión, en lugar de la generalidad, ha establecido las reglas y ha distribuído el deber entre los ciudadanos aptos que de él forman parte. Todas las legislaciones admiten la tutela dativa, sin que se note la más pequeña discordancia, de tal suerte que puede afirmarse que es una institución universal, por lo mismo que descansa sobre la firme base del derecho en principios.

En los tiempos primeros de Roma, el Magistrado tenía el derecho de nombrar un tutor especial cuando el tutor en propiedad, digámoslo así, no podía intervenir.

El tutor dativo, para la generalidad de los negocios del pupilo, data del siglo v, y fué instituído por la ley Atilia. *Si cui nullus omnino tutor sit ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a Prœtore urbano et majore parte Tribonorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a Prœsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia* (fragmento 185 de Gayo), copiado en la *Insti-*

tuta Justinianea. Roma, pues, conoció el tutor Atiliano y el dado en virtud de las leyes Julia y Titia.

La ley, dice Van Wetter, confirió la designación al Pretor urbano, de acuerdo con la mayoría de los Tribunos de la plebe, pero esta facultad del Pretor urbano fué suprimida por los Emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, los cuales transfirieron el derecho de nombrar tutor á un pretor especial llamado pretor tutelar ó pupilar.

Ya antes de la abrogación decretada por los Emperadores citados, los Cónsules habían recibido de Claudio ciertas facultades al efecto.

Más tarde, al lado de la autoridad del Pretor pupilar, se fué elevando la del Prefecto de la Ciudad, de suerte que, en los últimos tiempos del Derecho romano, ambos funcionarios compartían el derecho á la designación de tutor dativo.

El Prefecto solía elegir tutor para los pupilos *illustres et clarissimi* y el Pretor para todos los demás.

Por lo que respecta á las provincias romanas, la ley Titia, dictada en el siglo VI, confirió la facultad de designar tutores á los Gobernadores, y en tiempos de Augusto la ley Julia extendió dicho sistema á las provincias imperiales nuevamente creadas.

Los Gobernadores solían delegar en los Magistrados municipales cuando la tutela no revestía importancia ó cuando los bienes del pupilo no excedían de 500 sueldos.

Las leyes 2.ª y 12 del tít. XVI de la Partida 6.ª recogieron la institución, acomodándola al espíritu de unidad que ya dominaba, á diferencia del exclusivista y de ciudad de la legislación romana. La tercera

manera, dice la expresada ley 2.ª, es quando el padre non dexa guardador á su fijo, nin ha pariente cercano que lo guarde: ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar, é estonce el Juez de aquel lugar le da por guardador algun ome bueno é leal.

La ley 12 amplió el concepto de la tutela dativa tolerando que pudiesen nombrar tutor dativo al menor tanto el Juez del domicilio del pupilo como el del lugar donde nació éste ó su padre, como aquel donde tuviese el huérfano la mayor parte de sus bienes, satisfaciendo así las querellas de los glosadores de la época.

Hoy la diferencia radica en que habiéndose extendido la acción familiar á esferas propias de su competencia, siquiera antes le estuviesen vedadas, al reivindicarlas ha despojado al Juez de las antiguas facultades, que han ido á refugiarse en la familia constituída en consejo, como cuerpo deliberante y ejecutor de sus resoluciones. Mas el fundamento de la tutela subsiste incólume en armonía con las exigencias igualitarias de los tiempos, que rechazan aquellos desaforados privilegios nobiliarios que extendían su influjo á la tutela, confiriendo la del hijo primogénito de Grande de España al Rey ó al Magistrado.

El Código, en dos artículos sencillísimos, desarrolla toda la institución, reservando la cuestión de competencia del consejo de familia, según el lugar donde deba constituirse, para tratarla en el tít. X. Siguiendo la norma del Código, vamos á ser tan breves y sencillos como los artículos que nos corresponde comentar.

ART. 231. No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.

Concordancias.—Análogo al art. 183 del proyecto de 1851, é igual al 197 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 12.—Desamparado fincando el moço, que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non le ouiesse dexado guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quisiesse guardar, estonce la madre, e los otros parientes que heredaron a este moço, si moriesse sin testamento, deuen, e pueden pedir al Juez del lugar que le de guardador atal, que sea bueno, e rico, e que entienda que lo rescibe mas por pro del moço, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador a tal moço, como sobredicho es, pierden por ende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huerfano, si muriesse sin testamento. Demas dezimos, que si los parientes fuessen negligentes en demandar guardador al huerfano sobredicho, o si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del moço, o otros qualesquier del pueblo deuen pedir al Juez, que de al huerfano guardador, que sea atal, que aliñe el pro del moço; e el Juez lo deue fazer por si, e non por otro, auiendo el moço en su valia mas de quinientos marauedis; mas si ouiese menos, bien puede mandar á otro Juez, que sea menor de si, que lo faga en lugar del. E tal guardador como este, de que fablamos en esta ley, es llamado Datiuo, que quier tanto dezir, como guardador dado por otorgamiento dél Juez. E non tan solamente puede fazer esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede fazer el Juez de aquel lugar, do nascio el moço, o el padre del. Esso mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiere el huerfano la mayor partida de sus bienes; e el Juez deuelo fazer, quier sea el moço, delante, o non, e aunque lo contradixesse. Mas si el Juez que da el guardador, non ouiesse por si alguna destas razones sobredichas, non podria estonce el que fuesse puesto por mandado de tal Juez, auer la guarda del moço. E la guarda de cada vno destos

guardadores deue durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento, o de otra guisa; e de alli adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin Curator, tomando tal recabdo del, como del tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veynte y cinco años.

ART. 232. El Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios á que diere lugar su negligencia.

Concordancias.—Análogo al art. 194 del proyecto de 1851, é igual al 198 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 231 Y 232.—En la gradación que forman las tres clases de tutela que la ley reconoce, ocupa el último lugar la tutela dativa.

Aquellas dudas que hemos enunciado, producidas por la oscuridad de las leyes de Partidas, desaparecieron ya, y una regla breve y sencillísima ha venido á reemplazar á los nebulosos preceptos de la legislación derogada.

No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200, es decir, en todos los casos de tutela.

Compréndese con la simple lectura del artículo que el pensamiento de los legisladores ha sido allanar el camino, sentando un precepto generalizador. No ha dicho el Código que en defecto de tutor testamentario y legítimo corresponderá el ejercicio al tutor dativo; ha manifestado que es indispensable para que la tutela dativa proceda, que no haya parientes llamados por la ley al ejercicio de la tutela vacante. De suerte que ínterin exista una

sola de las personas designadas en los artículos 211, 220, 227 y 230 para la tutela de los menores no emancipados, locos, dementes y sordomudos, pródigos é interdictos, no podrá el consejo de familia proceder á la designación del tutor.

Así, v. gr., nombra el padre tutor testamentario, y el nombrado fallece, es inhábil, se excusa ó es removido del ejercicio de su cargo. Le sustituirá el pariente llamado por la ley en primer término al desempeño de la tutela. Cesa éste en su oficio por cualesquiera de las causas expresadas, le reemplazará el designado en segundo lugar, en defecto de éste el mencionado en tercero y así sucesivamente hasta agotar el llamamiento de la ley. La presunción de que en otro sitio de este libro hemos hablado, relativa á que la intención del que nombra tutor testamentario es la de excluir á los parientes y debe ser respetada su voluntad, no deja de ser muy racional y lógica, y el Código francés la ha seguido; mas no le va en zaga en cuanto á la racionalidad y la lógica el temperamento adoptado por nuestro Código, fundiendo en la sencillez encomiable de una sola regla la multiplicidad de variantes que la práctica presenta.

Aunque el artículo es general, cabe una excepción que no destruye su carácter. Dice el art. 245 del Código que los que no fueren parientes del menor ó del incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela si en el territorio del Tribunal que la defiere existiesen parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

De consiguiente, y prescindiendo de la relatividad de este principio, el orden de prelación de la tutela, si vale la frase, es el siguiente:

1.° El tutor testamentario.

2.° El tutor legítimo hasta agotar el orden legal del llamamiento.

3.° Los parientes, hasta el sexto grado, del menor ó incapacitado que residieren en el territorio de la tutela, que es el del Tribunal donde haya de registrarse.

4.° El tutor elegido por el consejo de familia.

El art. 232 hace responsable al Juez de los *daños* y *perjuicios* si descuidare la reunión del consejo de familia en cualesquiera de los casos en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados. Este artículo, en directa relación con el 293, rara vez

se llevará á cumplido efecto, y no porque todos los Juzgados municipales sean un modelo de justicia, rectitud y diligencia, que de todo hay, sino porque esta responsabilidad no puede exigirse sino en la forma que determina la ley de Enjuiciamiento civil. Además, la posibilidad del artículo se contrae al caso de que alguna de las personas designadas en el segundo párrafo del artículo 293, es á saber, el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima y los que por ley son vocales del consejo de familia ó cualquier otra persona, pusieran en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela. En los demás casos, el Juzgado se escudará alegando ignorancia de que en el territorio de su jurisdicción existiese alguna de las personas á que se refiere el art. 200.

En el art. 203 examinamos una cuestión análoga á la que ha sido ahora objeto de nuestro comentario. Remitimos á nuestros lectores á dicho lugar, donde encontrarán tratada la materia con alguna extensión.

CAPÍTULO V

DEL PROTUTOR

Podríamos comenzar adaptando á la institución que va á ser objeto de nuestro estudio, aquellas palabras de Marcelo: *Tutores praecipimus est oficium, ne indefensum pupillum relinquat* (1).

Colocando en lugar de la palabra *tutores*, esta otra *protutores*, daríamos una idea muy exacta de la protutela, diciendo que su misión principal es la de no dejar indefenso al pupilo.

Tan es así, que el ilustre Laurent, hablando del *subrogé tuteur*, manifiesta que tiene la ventaja sobre el curador del derecho escrito de evitar los gastos y establecer una vigilancia permanente de la tutela.

El falso tutor (2) de que nos habla el Derecho romano, llamado también no tutor y pro-tutor, ¿puede considerarse como antecedente del cargo que hoy designamos con dicho nombre?

Á nuestro juicio, no. Entre el falso tutor de la legislación romana, y el *subrogé tuteur* del derecho consuetudinario francés, median diferencias sustancia-

---

(1) Ley 30, tít. VII, libro veintiséis, Dig.
(2) Tít. VI, libro veintisiete, Dig.; ley 4, tít. V, libro veintisiete, Dig.

les. Para comprobarlas haremos en breves líneas un bosquejo del pro-tutor romano.

Designábase con este nombre al que sin ser tutor mediante título, se consideraba sin embargo como tal, sin que implicase nada, según afirma Van Wetter, que fuese de buena ó mala fe.

Esta asimilación del tutor verdadero, por decirlo así, y del falso tutor, se deduce de un texto de Pomponio.

Qui pro tutore negotia gerit, eamdem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

El pro-tutor era un gestor de negocios ajenos sin mandato, y como tal, y en dicho concepto, podía intervenir en los asuntos del pupilo.

Al pro-tutor romano le estaban prohibidos los actos de disposición, salvo el caso en que, habiendo prestado su autoridad, fuese confirmado por el pretor. Así resulta de un texto del mismo Pomponio (ley 1.ª, § 5.°, tít. VI, libro veintisiete, *Dig. De falso tut.)*

Respecto de los actos de gestión que le eran consentidos, asimilábase en todo al tutor y le alcanzaban las mismas responsabilidades.

Su patrimonio quedaba gravado con una hipoteca legal; tenía el deber de rendir las cuentas de su gestión; y así como el pupilo gozaba de una acción útil contra el pro-tutor, así á éste se le concedía una acción contraria para que el pupilo le restituyera los gastos legítimamente invertidos.

Finalmente, terminaba el cargo de pro-tutor, dada su afinidad con el gestor de negocios ajenos, cuando el pupilo ó el falso tutor lo juzgaban conveniente, y desde luego, en todo caso, por la extinción de la tutela.

¿Qué rasgos de analogía se descubren entre el falso tutor del Derecho de Roma y el protutor del Derecho consuetudinario francés y del Derecho moderno? El protutor romano era un mero gestor de negocios; su intervención dependía de su voluntad, lo mismo que su retirada de la gestión de los asuntos del pupilo; carecía de atribuciones propias; no ejercía vigilancia sobre el tutor, sin que fuera preciso atribuirle exclusivamente esta función, porque en Roma la acción tachando de sospechoso al tutor era cuasi pública, *hoc est, omnibus patere.*

El mecanismo de la tutela romana no requería para su perfección que el falso tutor interviniese.

¿Qué puntos puede haber de contacto entre el falso tutor antiguo y el protutor moderno cuando éste, á más de integrar la institución de la tutela, se considera como un cargo jurídico de naturaleza en cierto modo fiscal; tiene sus atribuciones peculiares determinadas en la ley; ejerce una constante vigilancia sobre el tutor; inspecciona sus actos y aun en ocasiones desempeña interinamente la función defensiva del pupilo, bien supliendo las veces del tutor, bien cuando hay pugna de intereses, siendo el patrono de los derechos del menor ó del incapacitado?

No hay que indagar en Roma el origen histórico de la protutela. No hay tampoco que buscar sus vestigios en el Derecho consuetudinario de nuestro país.

Aragón y Navarra han conocido el consejo de familia, pero no han conservado la huella más insignificante de la protutela.

En el mismo Derecho castellano, algunos autores han creído ver en algunas leyes del Fuero Juzgo y

Fuero Real un principio rudo del consejo de familia; mas del protutor es aventuradísimo suponer nada, toda vez que constituiría una verdadera invención.

La institución del *subrogé tuteur*, dicen Valette y Laurent, es de derecho consuetudinario.

Sus orígenes no se pueden precisar: Malecot et Blin, en sus *Precis du Droit feodal e coutumier*, ni siquiera la mencionan.

Esto, no obstante, la opinión se inclina á conceder á Francia el privilegio de haber producido una institución jurídica que, atravesando las fronteras, ha ido á tomar carta de naturaleza en los Códigos de las naciones latinas y en algunos otros, como el Código holandés.

En nuestra labor jurídica moderna ha pasado la protutela por los proyectos que sucesivamente se han ido elaborando hasta su establecimiento definitivo en el Código vigente. Cuando se estaba formando el primer proyecto de 1851, la Sección del Código civil adoptó esta innovación en la sesión de 6 de Diciembre de 1843, y la propuso á la Comisión general, que la aprobó en la de 9 de Enero de 1844. Formóse el proyecto de 1882, y allí halló aposento la protutela, y como tal proyecto, con pequeñas variantes, ha sido la matriz donde se ha fundido nuestro vigente Derecho novísimo, en él se encuentra también estatuída esta institución, alabada por muchos, que la conceptúan como salvadora medida que viene á nutrir con nueva savia el añoso tronco de la tutela, y rechazada por otros, que se fundan para ello en la discordancia que media entre la naturaleza de la institución, esencialmente fiscal, y los temperamentos olvidadizos y condición peculiar de los españoles.

La institución del protutor ha venido á nuestro Derecho arrastrada por la corriente de los Códigos de las naciones latinas, que todas á una han admitido la protutela como medida aseguradora de los intereses de los menores é incapacitados que necesitan del auxilio que la sociedad les dispensa, porque ellos son incapaces de defenderse. Así, pues, á la manera que á los terrenos que se forman por el arrastre de tierras se les llama de aluvión, así podemos decir que es de aluvión la institución de la protutela.

*
* *

Examinadas á la luz de la sana crítica las notas y propiedades características de esta institución, importada de extranjero derecho, tenemos desde luego que convenir en que la intención que ha guiado á los legisladores patrios es laudabilísima, puesto que se encamina derechamente al perfeccionamiento de la función tutelar, que al cabo recae en beneficio de los seres desamparados. Los pueblos se honran dando cabida en sus Códigos á instituciones que, como la presente, redundan en provecho de la masa social y son un lenitivo á la corrupción, latente en todos los países. Mas si en su razón, en su filosofía, la institución de la protutela es digna de todo encomio y alabanza, no sucede lo mismo en cuanto al desarrollo que por nuestros legisladores se le ha dado.

Hay que partir del principio de que cada protutor es un filántropo que se sacrifica en beneficio del desgraciado sin provecho personal ninguno.

¿Por ventura hay algún cargo más gravoso que el de protutor? Y decimos gravoso, atendiendo á que tiene muchas cargas y muy pocas compensaciones, mejor dicho, ninguna. Vamos á probarlo. El protutor está obligado á intervenir el inventario; pedir la constitución de la fianza, su inscripción; sostener los derechos del menor ó incapacitado en juicio y fuera de juicio cuando sus intereses sean opuestos á los del tutor; vigilar la gestión de este último, dando el grito de alarma cuando aquélla le parezca perjudicial; promover la reunión del consejo para el nombramiento de nuevo tutor cuando la tutela estuviese vacante; ejercer los actos administrativos que el consejo estime indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos ínterin el tutor no constituya la fianza; intervenir en los cobros y pagos de créditos y débitos respectivamente, cuando la cuantía de los primeros exceda de 5.000 pesetas; examinar las cuentas que rinda el tutor y defender al menor ante los Tribunales cuando éste no se conformase con la resolución del consejo que apruebe las cuentas. Aparte de estas obligaciones ineludibles, sufre también restricciones, tales como la de no poder ser vocal del consejo de familia y la de no poder comprar los bienes de los menores ó incapacitados respecto de los cuales desempeñe la protutela, estando en este último caso en peor situación que el tutor, puesto que á éste le capacita el art. 275, en su número 4.º, para comprar los bienes del menor, siempre que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia, y en cuanto concierne al protutor no rige más que la prohibición terminante del artículo 1.459.

Dedúcese del precedente relato que si el protutor ha de desempeñar su cometido con exacto ajuste á sus deberes, tiene que consagrar una parte muy principal de sus solicitudes y atenciones al menor ó incapacitado, porque, en efecto, son tantas las obligaciones que la ley le impone, y algunas de ellas tan delicadas y minuciosas, que requieren la inversión de un tiempo que acaso necesite el protutor para atenciones más perentorias, ó por lo menos que le afecten más directamente, como son sus propias necesidades. Ya hemos visto los deberes. Ahora bien: pendiente sobre su cabeza, como espada de Damocles, está el precepto consignado en el art. 236, que textualmente dice: «El protutor será responsable de los daños y de los perjuicios que sobrevengan al menor, por omisión ó negligencia en el desempeño de sus deberes.»

¿Y qué remuneración se concede al protutor en premio de sus desvelos? El Código no fija ninguna, de suerte que la única recompensa que obtendrá al término de sus delicadas funciones, se reducirá á la satisfacción de haber cumplido con su deber.

He aquí la prueba de nuestro dicho. Cada protutor será un filántropo, porque sólo el espíritu de caridad es capaz de impulsar á determinada persona á desempeñar un cargo que, á más de ser gratuíto, puede producir disgustos, hondos quebrantos y responsabilidades pecuniarias.

Continuando nuestra crítica, observamos que el Código patrio, siguiendo las huellas del Derecho civil italiano y acaso atraído por el deseo de innovar, ha concedido á los padres la facultad de nombrar protutor por testamento á sus hijos.

El Código civil francés no admite la protutela testamentaria.

Laurent expone con gran precisión los motivos jurídicos que abonan y justifican tal conducta.

Las funciones del *subrogé tuteur*, dice, se contraen primordialmente á regular la gestión del tutor y á provocar su destitución en caso necesario.

Para misión tan delicada conviene que el protutor tenga la firmeza é independencia necesarias. El protutor es en algún modo el mandatario del consejo de familia. Es menester, por tanto, que sea hombre de su confianza. De aquí que se conciba difícilmente que pueda ser nombrado por la ley.

Valette expresa que el nombramiento de protutor lo hace siempre el consejo de familia, y por lo tanto, excluye la designación directa de la ley y del cónyuge supérstite.

El Código lusitano se ha inspirado en las mismas ideas del Código Napoleón, y es de lamentar que nuestro Código se haya apartado de la verdadera doctrina, de la única que está en armonía con la naturaleza fiscalizadora y vigilante de la protutela.

El protutor es, en cierto modo, el asesor del consejo, el acusador del tutor, el que sustenta los derechos del menor en juicio y fuera de él; es, si vale la expresión, el madgyar de la tutela que impide la entrada de toda inmoralidad. Para esto se requieren condiciones de independencia que deben arrancar del nombramiento y condiciones de confianza que debe buscar el dicho consejo en aquellas personas que la merezcan. Estas condiciones de independencia y confianza no existen cuando se impone el nombramiento de una persona des-

conocida del consejo, acaso sospechosa por su conducta, y quién sabe si confabulada por amistad con aquella otra elegida para tutor. Aparte de esto, lo natural es que si el padre ejercita el derecho que le concede el artículo 206 del Código, nombre tutor y protutor á personas de su mayor intimidad, entre las cuales, aunque no medie una gran confianza, haya sí la suficiente amistad que el trato engendra.

El nombrado tutor *A*, al observar que el padre designa á *B* para protutor, y consiguientemente para que lo vigile y denuncie si cometiese alguna torpeza, sentirá cierto despecho y se considerará herido en su honra, motivos harto suficientes para que no desempeñe su cometido con la carencia de todo prejuicio que debe desearse; *B* creerá que su cargo le rebaja á la consideración de madgyar de su compañero, y tal vez estime lesionada su susceptibilidad por no habérsele conferido el cargo de tutor. De todas suertes, siempre resultará, en vez de la absoluta independencia entre uno y otro cargo, teniendo cada cual la órbita de acción en que desenvolverse, aproximaciones peligrosas que acaso lleguen á producir el choque de sentimientos heridos y afectos amenguados por las causas antedichas. A la postre, el daño lo sufrirá el menor. Esto se hubiera evitado siguiendo las inspiraciones de los Códigos civiles francés y portugués.

He aquí expuestas con toda sencillez las dos rémoras más principales que, en nuestro sentir, se oponen al desarrollo de la protutela.

Conspiran ambas contra su perfeccionamiento; la primera porque toda fiscalización es odiosa, y cuando no es remunerada, mucho más.

Basar una institución y confiar su éxito á los puros sentimientos y á la filantropía, es muy honroso, muy noble; pero es también muy problemático.

Atenta contra la virtud de la protutela el segundo vicio congénito que hemos señalado, porque en todos los casos de protutela testamentaria el consejo de familia carecerá del ascendiente preciso para imponer su autoridad al protutor. Este peligro desaparecería si el consejo eligiese para dicho cargo á una persona de su confianza; nosotros, en tesis general, alabamos la institución, pero presentimos que el ensayo no ha de dar los resultados que se apetecen.

Nuestro deseo es el que sean tan lisonjeros como digna de alabanza y lisonja es la idea que ha guiado á los legisladores.

ART. 233. Al consejo de familia corresponde nombrar protutor, cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores.

Concordancias.—Análogo al art. 185 del proyecto de 1851, é igual al 199 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 234. El tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este nombramiento, será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.

Concordancias.—Análogo al art. 187 del proyecto de 1851, é igual al 200 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 235. El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.

Concordancias.—Análogo al art. 187 del proyecto de 1851, é igual al 201 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 233, 234 Y 235.—Al consejo de familia compete el nombramiento de protutor. Ésta que debería ser regla única é indiscutible sin excepciones de ninguna clase, tiene una que es contraria de la naturaleza de la protutela, á saber: «La elección de tutor por el consejo de familia procede cuando no le hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutores para los menores.» Nada dice el artículo de los incapacitados; mas es indiscutible que á ellos se refiere, atendiendo á que el art. 206 expresa que el padre y la madre pueden nombrar tutor y *protutor* á sus hijos menores y á los *mayores incapacitados.*

Llámanos sobremanera la atención que el Código en este precepto amplio, aparente conceder facultad al extraño para nombrar protutor al menor á quien hubiere dejado manda de importancia, cuando en el art. 207 limitó sus facultades á la designación de tutor.

He aquí una contradicción que no se explica. Nosotros seguimos firmes en nuestro dictamen de que los extraños están incapacitados para designar protutor testamentario, y conciliando los términos de ambos artículos, somos de parecer que este que estudiamos, como de referencia á los 206 y 207 que determinan el derecho de la designación testamentaria de tutor y protutor por los padres y de tutor solamente por el extraño, les está subordinado.

Pero este motivo de subordinación no sería suficiente argumento, si no se revelase con claridad el espíritu de la ley.

Este ha sido el de conceder á los padres el derecho pleno al nombramiento para sus hijos, de todas las personas que en el desempeño de sus respectivos cargos integran la tutela.

Por esto el padre ó la madre supérstite tiene facultad para designar en su testamento tutor, protutor y consejo de familia; es decir, no sólo el representante genuíno del pupilo, sino el

fiscal, digámoslo así, de las gestiones de aquél, y el Tribunal que ha de ejercer la alta inspección de la tutela.

Al extraño en cambio le ha tratado la ley, como no podía ser menos, con más rigor. En primer lugar, le ha impuesto como condición la de que instituya heredero al menor ó incapaz ó le deje en su testamento manda ó legado, con tal que sea de importancia; en segundo término, y para mayor garantía, ha dispuesto que la aceptación de la herencia ó de la manda quede al arbitrio justiciero del consejo de familia; y por último, ha restringido el derecho del extraño al nombramiento de tutor.

Si la ley hubiese deseado medir con el mismo nivel á los padres y á los extraños, ni hubiera escrito el art. 207 omitiendo intencionalmente la mención de estos últimos, ni hubiera reducido la prerrogativa de designar testamentariamente á los individuos del consejo de familia, al padre ó madre que sobreviviere. La línea divisoria entre el derecho de unos y de otros, salvo las condiciones expresadas reveladoras del interés y cariño de los extraños, cruza, por decirlo así, entre el tutor y el protutor. De un lado coloca al primero, pilar el más robusto y necesario de la tutela, de otro al protutor y al consejo, instituciones complementarias creadas en contemplación y para el funcionamiento más perfecto del cargo de tutor.

De aquí que el derecho de los extraños, como derivado del cariño y no de la potestad, se detenga en dicha línea divisoria, limitándose al nombramiento del tutor, administrador principal de los bienes del pupilo ó del incapaz; y de aquí también que el derecho de los padres, más augusto, más respetable, de origen más natural, se extienda á la elección de todas las personas que aunadas en orden al fin tuitivo y por la armónica combinación de sus cargos, han de cuidar de la persona y de los bienes de los hijos.

El art. 233 alude primordialmente á la protutela dativa y por vía de referencia á la regla contenida en los artículos 206 y 207, constitutiva del derecho vigente en cuanto atañe á la protutela testamentaria. Así, pues, el art. 233, al mencionar á los que tienen derecho á elegir tutor para los menores, dice relación á los padres, porque son los únicos facultados por el art. 206 para designar protutor por acto de última voluntad.

Tal es nuestro criterio, y en él hemos de persistir con firmeza

mientras esa, más aparente que real, contradicción del Código civil se esclarezca el día que la reforma decenal corrija los defectos que se van observando.

El art. 234 no puede ser más sencillo. Tanta es su claridad y tan fácil su comprensión, que la glosa ha de limitarse á una breve paráfrasis del precepto.

Distinguiendo entre las que pudieran denominarse diligencias ú operaciones preliminares de la tutela y las propias y peculiares de su ejercicio, salta á la vista la razón del artículo. En efecto, en las operaciones de inventario debe intervenir el protutor. Con respecto á la fianza, de igual suerte el protutor está obligado á pedir la inscripción de la misma y á ejercer los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables, tanto para la conservación de los bienes como para la percepción de los productos. Ahora bien: como á tenor del art. 255, el tutor no entrará en posesión de su cargo hasta que haya prestado la fianza, resulta explicado el precepto que estudiamos por esta razón, que pudiéramos denominar de necesidad; porque, en efecto, si en las operaciones preliminares es requisito insustituíble la intervención del protutor, claro y transparente es que no pueda el tutor comenzar el ejercicio de su cargo sin que se haya nombrado aquél. Si de algo puede tacharse el artículo, es seguramente de redundante é inútil. Vale más, no obstante, esta redundancia del Código que el silencio.

Además de la razón necesaria, hay otra de concordancia y armonía.

Si, según el art. 201, la tutela *se ejercerá* por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, evidentísimo es el principio contenido en el art. 234, es á saber: «No podrá el tutor comenzar *el ejercicio* de la tutela sin que haya protutor que le vigile.»

Dice luego el art. 234 que «el que dejare de reclamar este nombramiento, es decir, el de protutor, será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.»

De inútil hemos calificado hace un momento el artículo, y la confirmación nos la da el inciso á que nos estamos refiriendo.

¿A qué expresar dos veces en distinto lugar que el tutor que deje de reclamar el nombramiento de protutor será removido de su cargo? ¿No dice el art. 238 que serán removidos de la tutela

los que se ingieran en la administración de la misma sin haber pedido el nombramiento de protutor? ¿A qué conduce legislar por duplicado?

Por lo demás, y cometida ya la duplicación, debió decirse para la mejor inteligencia del artículo: «El tutor que dejase de reclamar este nombramiento será removido de su cargo.»

Claro es que el artículo se comprende y que el pronombre personal *él* se refiere al tutor exclusivamente, pero en un Código no huelga jamás la redacción correcta de los preceptos, y atendiendo á ello hemos señalado el defecto.

En cuanto á que el protutor que omita el cumplimiento de dicho deber quede sujeto á la obligación de resarcir los daños sufridos por el menor, nada hemos de añadir. Parécenos muy justo en pena de su proceder contrario de lo dispuesto por la ley. También debiera el Código haber mencionado los *perjuicios* que al pupilo se originasen, que no hay razón para expresar los unos y omitir los otros.

El art. 235 se contrae á enunciar que el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.

Sabemos que la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones; cada generación forma un grado y la serie de grados constituye la línea, según expresa el art. 316; ahora bien: la línea puede ser directa y colateral.

Directa, la formada por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Colateral, la constituída por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Así, pues, el protutor no puede ser pariente del tutor ni por la línea recta ni por la colateral, y en su consecuencia, no pueden ser tutor y protutor respectivamente abuelo y nieto ó viceversa, ni hermanos entre sí, ni tío y sobrino, etc.

Tal medida responde al deseo de evitar prevaricaciones que vayan á confluir en el camino del fraude. En unos casos, por la superioridad de parentesco del tutor para con el protutor, en otros por el ascendiente del cariño y de la confianza, vendría á desnaturalizarse la misión fiscal del protutor, y la denuncia del fraude que el tutor pudiera cometer quedaría la mayor parte de las veces ahogada por el contrapeso de los afectos y de esa solidaridad

defensiva, por decirlo así, que existe entre personas ligadas con los vínculos de la sangre.

Es antagónica de la naturaleza de la función tutelar, que debe resplandecer de moralidad y pureza, esa reunión funesta de parientes, en el desempeño de cargos opuestos por su misión, siquiera concurrentes al mismo fin.

Laudable es, pues, la intención del legislador, y aún sería mayor la alabanza si, extendiendo su previsión más allá de los peligros visibles del parentesco, se hubiese atenido á la regla del Código civil francés (art. 420), que dispone que el nombramiento de *Subrogé tuteur* lo hará siempre el consejo de familia.

Pudiera ocurrir que, por circunstancias que expresaremos, valiéndonos de un ejemplo, apareciesen nombrados un tutor y un protutor parientes de la misma línea.

Supongamos que *A*, cónyuge supérstite, haciendo uso de su derecho, designa protutor para su hijo *B* á *X* y omite el nombramiento de tutor.

Constituído el consejo de familia, designa éste á un pariente del menor residente en el territorio de la tutela y comprendido dentro del sexto grado; llamémosle *C*.

Ahora bien: continuando la hipótesis, admitamos que *C* y *X* sean parientes en la línea colateral, tío y sobrino, por ejemplo.

Nos encontramos con una tutela dativa y una protutela testamentaria incompatibles; ¿cuál de ellas prevalecerá? ¿Será el tutor el eliminado, ó decaerá de su derecho el protutor?

El Código ha previsto la concurrencia de tutores y la ha resuelto con acierto, pero al legislador no le ha pasado por la imaginación el caso que acabamos de exponer. La dificultad del problema se acrecienta si la pugna surge entre un protutor testamentario y un tutor legítimo.

Debemos resolver estos casos con un criterio moldeado en la unidad. Este criterio, como hijo de nuestro convencimiento, y no basado en disposición legal, podrá estar más ó menos cerca de la exactitud. No aspiramos á imponer soluciones; queremos, sí, descubrir nuevos campos, ayudando al pensamiento ajeno.

El padre ó la madre que nombran un protutor en su testamento y deliberadamente omiten la designación de tutor, pueden proceder con uno de estos dos propósitos: ó conocedores del precepto legal, tratan de excluir de la tutela legítima por este medio

al pariente de quien recelan, ó sabedores de las prendas morales que concurren en el que eligen protutor, y no teniendo amistad con ninguna persona adinerada que pueda garantir con fianza las gestiones de la tutela, dejan al consejo de familia la realización de este cuidado, pero cautos y previsores, depositan su confianza en quien, por sus condiciones de honradez y por la simpatía que el menor le merece, ha de ser el más solícito vigilante de la administración del tutor.

En uno y otro caso, ¿debemos prescindir de la voluntad paterna? A nuestro juicio, no.

La determinación libre de los padres debe ser la norma primera de la tutela en tanto no se oponga á los preceptos legales.

Existiendo un protutor testamentario, la voluntad del padre ó de la madre queda ya manifiesta con todo su relieve, y equivaldría á destruir arbitrariamente esa voluntad y á contrarrestar la previsión de los padres el hecho de tener por decaído de su nombramiento al protutor, sin otro motivo que la existencia de un pariente llamado á la tutela legítima, ó de un acuerdo del consejo de familia nombrando un tutor dativo.

Si la voluntad de los padres está por encima del llamamiento legal, no puede ser rémora al predominio de la determinación paterna, la concurrencia de un pariente con derecho á la tutela legítima, máxime cuando existe una causa legal de incompatibilidad, y no es factible desechar la justa presunción de que el padre ó la madre superviviente, al proceder en tal forma, tuvo motivos racionales merecedores de respeto.

También pudiera suceder que el padre, v. gr., en la ignorancia de la causa de incompatibilidad que nos ocupa, designase tutor y protutor en su testamento á dos personas de la misma línea.

Creemos que este caso no ofrece dificultad, y que se solucionaría derechamente, teniendo por nombrado al tutor y por decaído de su nombramiento al protutor. La preeminencia del cargo es el motivo jurídico en consideración al cual hemos resuelto en la forma que queda expresada.

ART. 236. El protutor está obligado:

1.° A intervenir el inventario de los bienes del me-

nor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella.

2.° A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.

3.° A llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor.

4.° A promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante ó abandonada.

5.° A ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes.

El protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de estos deberes.

El protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero no tiene derecho á votar.

Concordancias.—Análogo al art. 188 del proyecto de 1851, é igual al 202 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El art. 420 del Código civil francés, de cuyo cuerpo legal ha venido al nuestro la institución de que nos estamos ocupando, compendia en brevísimas frases las obligaciones del protutor. Sus funciones, dice, consistirán en velar por los intereses del menor cuando estuviesen en oposición con los del tutor. Además, en diversos artículos le confiere otras facultades, como la de intervenir el inventario. La misma forma que el Código francés, dió el italiano á la institución del protutor, es á saber: condensó en un artículo la generalidad de sus deberes y en otros diversos le fué señalando distintas obligaciones. Siguió

opuesto método el Código portugués, y resumió en un solo artículo los deberes de mayor importancia del protutor. Puede asegurarse que el art. 258 del Código civil portugués y el 236 del Código español son totalmente iguales.

Estudiemos con separación las diversas obligaciones que el artículo encomienda al protutor.

1.ª *Intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor cuando hubiere lugar á ella.*

En las tutelas como en las testamentarías, como en el usufructo y, en general, en todos los actos jurídicos que tienen por objeto la transmisión de bienes ó la administración de los mismos, el primero y esencialísimo elemento es el de determinar con toda precisión el número, valor y cualidad de los bienes.

La más pequeña ocultación podrá refluir en daño del heredero, del menor, del incapacitado ó del usufructuario.

Acto preliminar del ejercicio de la tutela es el inventario, acaso el más interesante. Es, por lo tanto, natural que el protutor, fiscal del consejo de familia, y como tal amparador de los derechos del desvalido, concurra al inventario interviniéndolo. Esta intervención se reducirá á presenciar las operaciones, firmando las actas y consignando en las mismas su protesta cuando el tutor incurriese en alguna omisión y, hecha notar, se opusiese á subsanarla.

Sabido es que el tutor que requerido al efecto por Notario, por el protutor ó por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia (artículo 267).

Deberá el protutor en las diligencias inventariales practicar el requerimiento á que el transcrito artículo alude, extendiéndose en el acta nota suficientemente expresiva para hacerlo constar. Dice también el número 1.º del art. 236, que cuando hubiere lugar á la fianza, *el protutor intervendrá la constitución de la misma.* La fianza puede ser hipotecaria ó pignoraticia, y, en último extremo, personal. La intervención del protutor estará en relación con la clase de fianza de que se trate. Si fuese hipotecaria, podrá examinar la titulación de las fincas, pedir certificación al Registro para averiguar los gravámenes que sobre ellas pesen, si están anteriormente hipotecadas, si se hallan anotadas preventivamente á cualquiera de los efectos que determina el art. 42 de

la ley Hipotecaria. Podrá asimismo pedir que se inscriba la hipoteca constituída sobre el inmueble ó inmuebles dados en fianza, solicitando que se extienda el acta de constitución de hipoteca en la forma que prescribe el art. 151 del Reglamento para la ejecución de la vigente ley Hipotecaria (1).

Si la fianza fuere pignoraticia, podrá el protutor examinar las cosas dadas en prenda, debiendo pedir luego el depósito de las mismas, á tenor de lo preceptuado por el art. 258 del Código.

Si la fianza fuese personal, la intervención del protutor se ceñirá

---

(1) Art. 151 del Reglamento para la ejecución de la vigente ley Hipotecaria.

Según dicho artículo, en correlación con las reformas introducidas por el Código, el acta de constitución de hipoteca expresará los siguientes requisitos:

1.° El nombre, apellidos, edad, estado, profesión y vecindad ó domicilio del tutor nombrado.

2.° La persona que haya hecho el nombramiento.

3.° La clase de tutela.

4.° El documento en que se haya hecho dicho nombramiento y su fecha, así, v gr., testamento abierto, cerrado, ológrafo, papel extendido con las solemnidades de este último testamento y protocolado al efecto; acta del consejo de familia en cuya sesión se hubiese hecho el nombramiento.

5.° Expresión de la circunstancia de no haber relevación de fianza ó de que, á pesar de haberla, el consejo de familia había creído necesario exigirla.

6.° Expresión del importe del capital y de las rentas del huérfano ó del incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otros bienes.

7.° El importe de la fianza que se haya mandado prestar por el consejo de familia.

8.° Relación de las fincas ofrecidas en fianza, con expresión del valor y cargas de cada una y del título de su última adquisición, todo con referencia á los títulos de propiedad, certificación del registro y avalúos presentados.

9.° Acta de constitución de la hipoteca ante el consejo de familia por la cantidad señalada.

10. Expresión de la cantidad por la que cada finca responde según la distribución que se haya hecho con acuerdo del consejo é intervención del protutor.

11. Fecha del acta, nombre de los vocales del consejo ante quien se haya celebrado y firma del tutor.

12 y último. Expresión del acuerdo del consejo de familia en el que se apruebe la hipoteca constituída.

solamente á examinar la garantía que presten los fiadores y á solicitar del consejo las medidas útiles para la conservación de los bienes del menor ó del incapacitado.

2.° *Sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.*—Considerado bajo este aspecto el protutor, viene á subrogarse en las obligaciones del tutor, y se da el caso de dos guardadores, luchando el uno por sus intereses, el otro por los del menor. Cuando esto ocurre, la tutela queda incompleta, puesto que el tutor en puridad viene á ser reemplazado por el protutor. Esta obligación, contenida en el núm. 2.° del art. 236 del Código, es sustancialmente la misma asignada en el art. 420 del Código civil francés.

Rogrón plantea la siguiente cuestión: cuando los intereses del menor ó sus derechos estén en oposición con los de su tutor, y por consecuencia, el protutor reemplace á aquél en la defensa de esos derechos é intereses, ¿debe procederse al nombramiento de un protutor *ad hoc*, es decir, para un objeto determinado, ó de un tutor *ad hoc? La Cour*, de París, resolvió diciendo que se nombrase un protutor. Los considerandos de su fallo son los siguientes: «Considerando que, según los términos del art. 420 del Código, el protutor toma de derecho la posición, las atribuciones y las obligaciones del tutor cuando los intereses de este último se hallen en oposición con los de su pupilo; Considerando que desde luego la protutela queda en esta hipótesis vacante, ha lugar á nombrar un protutor especial, mas no un tutor especial, en el entretanto que se procede á la elección de nuevo tutor.»

Somos de parecer que el caso resuelto por *La Cour*, de París, tiene aplicación en nuestro Derecho; no diremos en su totalidad, pero sí en relación al extremo que ahora tratamos. Apuntamos el antecedente para ilustrar la cuestión.

Cuando el protutor litigue será á expensas del menor.

Para promover el protutor demanda contra el tutor en defensa de los intereses del pupilo ó del incapacitado, necesitará de la autorización del consejo de familia, de igual modo que para interponer los recursos de apelación y casación contra la sentencia en que hubiese sido condenado.

No lo expresa categóricamente el Código civil, pero no hay que perder de vista que el protutor en el caso que estudiamos, ocupa una posición idéntica á la del tutor, puesto que ejercita la

función defensiva, erigiéndose, por virtud del mandato legal, en patrono de los derechos del menor ó del incapaz.

Si el tutor, á tenor del núm. 13 del art. 269, necesita autorización, no cabe oponer razón abonada suficiente para que, dada la identidad de las situaciones, deje de aplicarse la misma disposición jurídica.

3.° *Llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor.*—Como se observa, esta facultad de denunciar la gestión del tutor no se refiere exclusivamente á los bienes, sino también á la persona. Así, v. gr., podrá denunciar, no sólo lo concerniente á los actos de administración, por ejemplo, si el tutor da en arrendamiento los bienes del menor por término que exceda de seis años, percepción de las rentas, su aplicación, etc., sino lo relativo á la alimentación, abarcándola en todo su amplio contenido, así, v. gr., sustento, educación, vestido, asistencia facultativa en caso de enfermedad, incumplimiento de deberes religiosos y morales, etc. El número que tratamos es tan sencillo que no requiere mayor desarrollo.

4.° *Promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor cuando la tutela quede vacante ó abandonada.*—Como en este caso no se necesita la constitución del consejo, sino la reunión del nombrado, el protutor, celoso vigilante de la persona y de los intereses del menor, debe pedir inmediatamente la convocación del consejo al efecto de designar el nuevo tutor, quedando entretanto los cuidados de la tutela á cargo del consejo, el que proveerá interinamente. (Art. 242, aplicable al caso por analogía extensiva.)

Pudiera suceder que el consejo de familia quedase incompleto ya por defunción, ausencia ó por haberse decretado y ser ejecutoria la remoción de alguno de los vocales que le formen.

Al mismo nivel del caso previsto por el número que comentamos, se encuentra este otro.

El protutor está en el deber de acudir inmediatamente al Juzgado municipal solicitando la reconstitución del consejo.

Tanto más ineludible se nos ofrece esta obligación del protutor si nos fijamos en que el Código prevé situaciones en las cuales el consejo desempeña interinamente la tutela. Así sucede cuando media causa de inhabilitación del tutor, en tanto no se resuelva

en definitiva por los Tribunales ordinarios (art. 243). Lo mismo tiene lugar mientras no constituye fianza el tutor.

Si encomendada la interinidad de la tutela al consejo de familia, quedase éste incompleto, el protutor es el llamado á promover con la mayor urgencia la reconstitución.

Y no se alegue que la obligación de que hablamos debería contraerse á los dos casos expuestos, porque no cuadran bien estos regateos del deber en un cargo cuya principal misión es la de procurar que no quede indefenso el pupilo ó el incapacitado.

5.° *Ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes.*— Prescindimos de la antinomia de concepto que resulta al decir: «El protutor está *obligado* á ejercer las demás *atribuciones* que les señalen las leyes,» porque al cabo atribución es sinónimo de derecho, y los derechos son renunciables por naturaleza. Pero ya hemos dicho que pasamos por alto este error de concepto.

Además de las obligaciones que en el curso de este comentario dejamos mencionadas, corresponde al protutor:

1.° Solicitar que sean compelidos al ejercicio de la tutela los que hubiesen alegado y probado justa causa de excusa, cuando desaparezca el motivo de la exención.

2.° Ejercer los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos, en el ínterin que el tutor no desempeñe su cargo por la no constitución de la fianza.

3.° Pedir la inscripción ó el depósito de la misma, según se trate de fianza hipotecaria ó pignoraticia.

4.° Pedir la ampliación de la fianza cuando fuese notoriamente insuficiente.

5.° Solicitar que se constituya por el tutor nombrado con relevación, cuando sobrevengan causas graves que hagan necesaria la fianza (1).

6.° Requerir al tutor al efecto de que inscriba en el inventario los créditos que tenga contra el menor ó incapacitado.

7.° Solicitar las alteraciones de la pensión alimenticia en proporción de los cambios de la fortuna del sometido á tutela.

---

(1) Las obligaciones comprendidas bajo los números 4.° y 5.° no las expresa de un modo categórico el Código civil; pero se deducen de la naturaleza del cargo y de las disposiciones sobre la protutela.

8.° Intervenir el cobro por el tutor de cantidades superiores á 5.000 pesetas, á no ser que procedan de intereses, rentas ó frutos.

9.° Intervenir de igual modo los pagos que el tutor se haga de los créditos que le correspondan.

10. Examinar las cuentas anuales del tutor y emitir su informe.

11. Defender al menor cuando, desaprobadas las cuentas por el consejo, se alzase el tutor de la resolución, ante el Tribunal de justicia competente.

12. Examinar la cuenta general que rinda el tutor que sea reemplazado por otro.

13. Exigir en nombre de la mujer menor de edad, que su marido inscriba á su nombre, é hipoteque en favor de la mujer, los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote, ú otros bastantes para garantir la estimación de aquéllos.

14. Exigir asimismo y en idéntica representación que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen.

15. Promover lo necesario para que, mientras el marido no asegure con hipoteca especial los efectos públicos ó valores cotizables en que consta la dote estimada ó los bienes muebles de la dote inestimada, se depositen los títulos, inscripciones ó documentos que los representen, y los aludidos bienes muebles á nombre de la mujer y con conocimiento del marido, en un establecimiento público de los destinados al efecto.

16. Asistir á las deliberaciones del consejo y tomar parte en ellas, aunque sin facultad para emitir su voto.

17. Ser oído por el consejo de familia cuando éste tratase de removerlo de su cargo.

18. Alzarse de las decisiones del consejo ante el Juez de primera instancia en cuyo Juzgado estuviese registrada la tutela, excepción hecha del caso en que el acuerdo fuese favorable al tutor y hubiese sido tomado por unanimidad.

Dispónese en este mismo artículo que el protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Precepto justo y en congruencia con el principio general consignado en el art. 1.101 del Código. Trátase de obligaciones impuestas por

la ley, y dice dicho art. 1.101 que quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia ó morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Finalmente, preceptúa el artículo cuyo comentario concluímos, que el protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero sin derecho á votar. Es, pues, un acto potestativo. Será obligatorio cuando hubiere sido oportunamente citado. Así lo dispone el art. 308.

CAPÍTULO VI

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA SER TUTORES Y PROTUTORES, Y DE SU REMOCIÓN

No sólo se necesita para el desempeño de la tutela el goce pleno de los derechos civiles; cargo de confianza por excelencia, como dice el docto civilista Gutiérrez; cargo que suple á la paternidad, como expresa Laurent, requiere en el que lo ejerza cualidades morales que garanticen el exacto cumplimiento de los interesantes deberes de la tutela.

Por eso, tanto cuando una persona no está en la plenitud de sus derechos, como cuando su conducta es tachable por alguna de las causas enumeradas en el artículo 237, el Código le incapacita para ser tutor, protutor y vocal del consejo de familia.

¿De qué serviría que el Estado proveyese al cuidado de los seres desvalidos estatuyendo en los Códigos la tutela, si ponía como arrimo del menor un ser despreciable condenado por estafa, hurto, robo, quebrado y concursado sin rehabilitar, enemigo ó deudor del menor por sumas de importancia?

Ya el Derecho romano trató por extenso de los tutores y curadores sospechosos, conceptuando la sospecha comprobada, suficiente causa para la remoción.

Según expresa una ley del Digesto (1), el delito de sospecha tuvo su origen en la ley de las Doce Tablas.

La acción para acusar al tutor de sospechoso era cuasi pública, esto es, podían ejercitarla todos, incluso las mujeres, siempre que procediesen por motivos de piedad hacia el pupilo y no por razón de injuria contra el tutor. Entre otras causas de sospecha, reconocieron los romanos: el dolo, cometido en la tutela, si el tutor se interesó en ella, ó la administró mal ó en perjuicio del pupilo; el haber sido removido por sospechoso de una tutela ó curatela anterior; la enemistad del tutor con el pupilo ó con los ascendientes de éste; la venta fraudulenta de los bienes del pupilo; la ocultación del tutor con el vil propósito de que careciese el pupilo de alimentos; la abstención ó negativa del tutor á entregar el dinero necesario para comprar predios, cuando fuere conveniente adquirirlos; privar al pupilo de los beneficios de la herencia; conducta sospechosa, y, en general, cualquiera justa causa á juicio del Pretor.

Además, existían determinadas inhabilitaciones; así por ejemplo, el mudo no podía ser nombrado tutor porque estaba imposibilitado físicamente de prestar su autoridad (2). Tampoco podían ser tutores los sordos, los furiosos y las mujeres, á no ser que especialmente pidiesen la tutela para sus hijos.

No descuidaron nuestras leyes patrias esta materia de las incapacidades de los tutores y curadores, y, como en los precedentes que se insertan á continuación puede observarse, no podían ser dados por guardador de huérfanos, el mudo, el sordo, el desmemoriado, el

(1) Ley 1.ª, § 2.°, tít. X, libro veintiséis, Dig.
(2) Ley 1.ª, § 2.°, tít. I, libro veintiséis, Dig. *De tutelis.*

pródigo, el de mala conducta, el menor de veinticinco años, el Obispo, el Monje, el que fuese deudor del pupilo, el obligado al Rey, el caballero mientras viviese fuera de su casa en caballería ó sirviendo al Rey, el que fuese embargado de su persona, y la mujer, salvo los casos en que la ley la llamaba expresamente.

Y traspasando las lindes del antiguo Derecho y viniendo á nuestros tiempos, no hay un solo Código, así europeo como americano, que por extenso deje de ocuparse tanto de las causas de inhabilitación como de las de remoción. Es, en una palabra, la materia que vamos á tratar, universal, como que descansa en los perdurables fundamentos del Derecho filosófico.

Innecesario es insistir sobre la razón de las inhabilitaciones y causas de remoción. Repetiremos en este lugar lo que Leroy decía en su discurso sobre la tutela con referencia al pronunciado por el orador Huguet en nombre de la Comisión legislativa: »Guardamos silencio, puesto que se trata de disposiciones conformes en casi todos sus extremos con la antigua legislación. Ofrecen detalles importantes en verdad, pero que no son susceptibles de ningún desenvolvimiento útil.»

ART. 237. No pueden ser tutores ni protutores:

1.° Los que están sujetos á tutela.

2.° Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.

3.° Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.

4.° Los que hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior.

5.° Las personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida.

6.° Los quebrados y concursados no rehabilitados.

7.° Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.

8.° Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil.

9.° Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.

10. Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, ó en su caso, por la madre.

11. Los parientes mencionados en el párrafo segundo del art. 293 y el tutor testamentario que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.

12. Los religiosos profesos.

13. Los extranjeros que no residan en España.

Concordancias.—Análogo al art. 202 del proyecto de Código de 1851, é igual al art. 203 del de 1882, menos en el caso décimo, que excluye á la madre.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tít. XVI*, *ley* 4.ª—El que fuere dado por guardador de huerfanos, non deue ser mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin desgastador de lo que ouiere, nin de malas maneras. E deue ser mayor de veynte e cinco años; e varon, e non muger. Fueras ende, si fuesse madre, o auuela, que fuesse dada por guardador dellos. Ca estonce, tal muger como sobredicha es, si prometiere en mano del Rey, ó del Juez del lugar do son los huerfanos, que demientra que los moços touviere en guarda, que non casara; e otrosi, si renunciare la defension que el derecho otorga a las mugeres, que non se pue-

dan obligar por otri; entonce bien le puede otorgar la guarda de sus fijos, o de sus nietos, segun que es sobredicho. E la razon, por que defendemos que non case de mientra que los moços touiere en guarda, es esta: porque podria acaescer, que por el gran amor que auria a su marido que tomasse de nueuo, non guardaria tambien las personas, nin los bienes de los moços, o faria alguna cosa, que se tornaria en gran daño dellos. E otrosi, si non renunciasse la defension sobredicha, dubdarian los omes de mercar, o de facer pleyto con ella, maguer ouiesse menester de lo facer, por guarda, o por acrescentamiento. o por pro de los bienes de los moços. E deue el guardador ser establescido por mandado del padre, o del auuelo; o por otorgamiento de las leyes, assi como por parentesco; o por mandamiento de los Judgadores, assi como de suso diximos.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 14.—Obispo, nin Monge, nin otro Religioso, non puede ser guardador del huerfano; porque estos atales han de seruir a Dios en las Eglesias, e embargarse y a este seruicio por la guarda que ouiesse de fazer en las personas, e en los bienes de los huerfanos. Mas los otros Clerigos seglares, quier sean Missacantanos, ó non, bien pueden ser guardadores de los sus parientes huerfanos, por razon de parentesco que han con ellos. Pero deuen venir ante el Juez ordinario del lugar fasta quatro meses, desde supieren que aquel su pariente murio, e dexo fijos sin guarda dor; e estonce deuen dezir ante el, de como ellos quieren ser guardadores de los huerfanos, que fueron fijos de aquel su pariente; e despues que esto ouieren fecho, pueden tomar los moços en su guarda, e aliñar, e procurar los bienes dellos. Otrosi, los que fuessen debdores de los moços, non pueden ser guardadores dellos; fueras ende, si los padres estableciessen en sus testamentos, que los guardassen. Otrosi non podria ser guardador de huerfanos, el que fuesse obligado al Rey, por razon que ouiesse tenido, o tuuiesse sus cilleros, o sus heredades, o otras rentas, de que le ouiesse a dar cuenta. Otrosi non puede ser guardador de huerfano el Cauallero, mientras biuiere fuera de su casa siruiendo al Rey, o a otro su Señor, en seruicio de Caualleria. Otrosi el que fuesse mudo, o sordo, non puede ser guardador de moços; nin el que fuesse occasionado, o embargado de su persona, o en otra manera, de guisa que non pudiesse entender, nin trabajarse en pro dellos.

Part. 6.ª, *tít. XVIII, ley* 1.ª—Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, que és de tales maneras que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huerfano, ó que le mostrará malas costumbres. E maguer este atal fuesse rico, e quisiesse dar fiador, de guardar, e aliñar los bienes del moço, por todo eso non le deuen dexar en su guarda, porque tal fiadura non le toldria al guardador el mal entendimiento, ó la mala voluntad que ouiese, en gastar lo del huerfano. E aun dezimos, que si el guardador fuere pobre, e de buenas maneras, non deuen por ende sacar de su poder al huerfano, e dar otros en su lugar. E las otras razones, porque pueden toller a los guardadores los huerfanos, o dar otros en su lugar, son estas: assi como si alguno ouiesse seydo guardador de otro huerfano, e ouiesse procurado mal los bienes del. O le ouiesse mostrado malas maneras. O si despues que ouiesse en guarda al moço, fuesse fallado que era su enemigo o de sus parientes. O si dixesse delante del Juez que non tenia que dar a comer al moço, e fallassen que dize mentira. O si non fiziesse escrito de los bienes del huerfano, a que llaman Inuentario, segund de suso diximos. O si non le amparasse a el e a sus bienes en juyzio, o fuera de juyzio. O si se escondiese e non quissiese parescer, cuando supiesse que le auian dado por guardador del huerfano.

COMENTARIO.—Dice la Instituta Justinianea, basándose en el fragmento 4.º de la ley IV, tít. X del Digesto, libro veintiséis: «*Sed et ante, quan incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus rescripsit, et secundum eum constitutum est.*»

Este precepto es el antecedente romano de la materia que vamos á comentar sucintamente. El Derecho de Roma, norma de todas las legislaciones, englobó las incapacidades dentro del título que de los tutores sospechosos se ocupa, empero destacó esta regla que comprende á los que, sin haber comenzado el ejercicio de sus funciones, adolecieren de la tacha de sospechosos.

Las Partidas ampliaron la doctrina, y en las leyes 4.ª y 14 del título XVI de la Partida 6.ª trataron extensamente de las cualidades que debe reunir aquel que fuere dado guardador de huérfanos ó de sus bienes, y asimismo expresaron cuáles son aquéllos que no pueden ser guardadores de otro.

Examinando el Código español con detenimiento, obsérvase que los trece casos que enumera el art. 237 responden á cuatro causas principales, á saber: 1.ª, por razón de restricción de la capacidad jurídica; 2.ª, por razón de conducta actual ó presunta; 3.ª, por razón de litigio actual ó presunto, y 4.ª, por razón de negligencia, parentesco é incompatibilidad de cargos. Claro es que estas causas admiten subdivisiones. Así, la primera abarca á los menores é incapacitados, á las mujeres en atención á su dependencia y debilidad; á los religiosos por su apartamiento de los negocios mundanos; á los extranjeros residentes fuera de España, puesto que se verían imposibilitados de ejercer la tutela, aparte de que no habría motivo para la excepción del estatuto, toda vez que, residiendo en su país, á las leyes del mismo tendrían que atenerse. Abarca la segunda causa á los condenados por delitos contra la propiedad y delitos contra las personas de los menores; á los condenados á pena corporal mientras la condena se extinga; los quebrados y concursados no rehabilitados, y las personas de mala conducta. Comprende la tercera á los que tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil, sobre la propiedad de bienes ó le adeude sumas de consideración. Finalmente, se refiere la cuarta á los parientes llamados al desempeño de la tutela legítima y á los vocales del consejo de familia, cuando no diesen conocimiento al Juez municipal del hecho motivo de la tutela, y asimismo el protutor electo cuando fuese pariente de la misma línea del tutor.

Vistas las causas de inhabilitación agrupadas metódicamente, estudiémoslas ahora en el mismo orden que el Código las expone, para plegarnos de esta suerte á la rigorosa exégesis en que se inspira el método de la presente obra.

No pueden ser tutores ni protutores:

1.° *Los que estén sujetos á tutela.* — Así, pues, los menores de edad, los locos, dementes y sordomudos, los declarados pródigos y los condenados á la pena de interdicción. Derívase este número del axioma jurídico incontrovertible, que diversas veces hemos enunciado, de que no puede prestar aquel que necesita que le presten. La repetida ley 4.ª del tít. XVI de la 6.ª Partida establece que el que fuese dado por guardador de huerfanos, non deue ser mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin desgastador de lo que ouiere... e deue ser mayor de veynte y cinco años. He

aquí, pues, la razón filosófica y legal del precepto examinado.

Hay, sin embargo, que hacer constar una excepción á esta regla, á primera vista absoluta.

La emancipación por el matrimonio y por la voluntad de los padres ya hemos observado que no produce una capacidad plena, y que, en su consecuencia, subsisten ciertas restricciones para suplir las cuales, y en defecto de padre y madre, la ley llama al tutor.

Esto no obstante, el emancipado menor de edad puede ser tutor de su cónyuge y prestarle su capacidad en todos aquellos casos en que disfrute de la misma. Así, por ejemplo, si *B* es declarado loco ó demente, su cónyuge *A* podrá administrar los bienes de *B*, y *A* únicamente necesitará la asistencia de un tutor para los actos expresamente restringidos por la ley, tales como enajenar inmuebles gravados, tomar dinero á préstamo, etc.

El tutor suplirá el defecto de capacidad de *A*, y de esta forma la tutela de *B* se nos ofrecerá perfecta.

Y lo mismo que del caso de locura, podemos afirmar del de interdicción civil y del de ausencia.

Así se desprende del texto de los artículos 183, 220 y 230, y en este sentido los hemos constantemente interpretado.

2.° *Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público* —Difícil ha de ser llevar á la práctica esta disposición, toda vez que si la tacha ha de fundarse en un documento auténtico, será preciso recurrir al Registro central de penados ó á los antiguos libros registros de las escribanías del punto del nacimiento ó residencia del tutor para averiguarlo.

El clamor público y la fama del sujeto excusarán las más de las veces el trabajo; mas á pesar de la dificultad que se opone á su fácil cumplimiento, bueno es que las leyes consignen el principio, que al cabo, de esta suerte, como decía Pacheco, se va ilustrando la conciencia pública.

Los delitos contra la propiedad, como los de robo, hurto, estafa, traen aparejada la fundadísima presunción de que el autor de ellos está en peligro de reincidir, máxime cuando se pone á sus alcances y disposición la materia que puede ser objeto del delito, y acaso la más codiciada. Es verdad que con la presun-

ción expresada parece que se parte del prejuicio de la incorregibilidad del criminal y se mantiene la teoría platoniana de que hay seres incorregibles, mas el Código no puede detenerse en minucias de esta índole; su misión es precaver, y no cumpliría con sus deberes en pro del desamparado colocándole al lado del peligro. Para ser tutor es menester, no sólo ser honrado, sino parecerlo.

Quédense estas disquisiciones ideológicas para los filósofos, y atempérese el Código á esa otra filosofía práctica que aconseja huir del trato con el hurtador, sin parar mientes en si está ó no regenerado y arrepentido.

Lo mismo decimos por lo que á la persona del corruptor respecta. ¿Qué nivel moral revela el condenado como corruptor de menores, y qué concepto le merece á la ley?

Hable el art. 465 del Código penal por nosotros, que reputa autor, al efecto de la pena, al tutor que tan sólo hubiere cooperado como cómplice á la perpetración del enunciado delito.

Si, pues, estima el delito tan grave en el tutor, ¿cómo es posible que se confiera el cargo al delincuente más odioso que imaginarse puede? Colocar al cuidado y vigilancia del menor á quien desflora y arrebata el pudor y la santa inocencia de la niñez, es lo mismo que poner al lobo guardando los rebaños.

La ley de Partidas no expresó categóricamente estos casos. Sólo en el tít. XVIII, *De suspectis tutoribus*, ley 1.ª, habló del guardador que mostrara malas costumbres. En la ley 4.ª del título XVI de la Partida 6.ª, tantas veces mencionada, se expresó asimismo, que el que fuere dado guardador no sea *de malas maneras*, cuyas palabras las interpreta el glosador Gregorio López diciendo: «*id est de malis moribus, nan suspectum tutorem eum esse putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit.*»

3.º *Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.*—El Código se refiere, sin duda, á las penas de privación de libertad.

Los actos administrativos propios de la tutela, el cuidado de la persona del pupilo requieren indispensablemente el disfrute de la libertad. Por eso, cuando ésta se restringe por virtud de pena impuesta que lleve consigo la retención del culpable en cualquier establecimiento carcelario, el ejercicio de la tutela se imposibilita, porque el designado tutor se encuentra en aquel

caso que previó la 6.ª Partida cuando dijo en la ley 14 del título XVI: «...ó embargado de su persona ó en otra manera, de guisa que non pudiesse entender nin trabajarse en pro dellos.»

Veamos cuáles son las penas que llevan consigo la privación de libertad Prescindimos de la cadena perpetua y temporal, porque ya hemos visto que traen aparejada la interdicción civil. Son penas corporales, la reclusión, relegación y extrañamiento perpetuo y temporales, el presidio y la prisión mayores, el confinamiento, el presidio y la prisión correccionales, el destierro y el arresto mayor.

Omitimos el arresto menor porque es pena de poca entidad y se cumple en el domicilio del condenado. Cualquiera de las penas enumeradas es de por sí, en tanto no se extinga, causa suficiente de inhabilitación para el desempeño de la tutela.

La redacción de este número no es todo lo correcta que exige el tecnicismo jurídico. Parece deducirse como requisito *si ne qua non*, el de que la condena se haya cumplido, es decir, que el penado haya permanecido en el establecimiento carcelario el tiempo que como pena le fué impuesto en la sentencia condenatoria. No es así, sin embargo. Lo que el Código ha querido decir, se expresaría con propiedad redactando el enunciado de que nos ocupamos en la siguiente forma:

«Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan su responsabilidad penal.»

La amnistía y el indulto son causas de extinción á tenor del artículo 132 del Código penal. ¿Y podrá dudarse que si el penado es amnistiado, desde dicho momento recobrará su capacidad para ser tutor, aunque no haya cumplido la totalidad de la condena que le fué impuesta?

4.º *Los que hubieren sido removidos legalmente de otra tutela anterior.*—Los motivos que expusimos en el núm. 2.º son aplicables á este caso. El temor de que vuelva á incurrir en las causas que originaron la anterior remoción.

Desde luego se comprende que el núm. 4.º alude directamente á las causas de remoción originadas por acciones ú omisiones voluntarias del tutor que merezcan censura.

Si un tutor en ejercicio incide en demencia, necesariamente será removido de su cargo; pero si este mismo tutor recobra el uso de la razón, volverá *incontinenti* á ser capaz para el desem-

peño de la tutela. Sería irrisorio y antijurídico excepcionar la remoción anterior originada por la locura como causa de inhabilitación de una nueva tutela.

Al mismo nivel de este caso podemos incluir el del tutor que haya sido removido de su cargo por promover pleito sobre el estado civil del menor.

Esta causa es personalísima é individual de una tutela determinada, no supone perversidad de ánimo y se procedería injustamente erigiendo esta circunstancia particular en causa de incapacidad absoluta para el desempeño de toda otra tutela posterior.

5.° *Las personas de mala conducta que no tuvieren manera de vivir conocida.*—La prohibición impuesta á los que no ajusten sus procederes á las normas severas de la moral, reconoce, si bien se examina, el mismo fundamento que el expresado en el número anterior. Todos estos casos no son más que variaciones sobre el mismo tema, pero variaciones indispensables para la perfección de las leyes. Respecto á la inhabilitación para ser tutores de los que no tuvieren modo de vivir conocido, atañe á esa insana y maleante caterva de personas que aparentan holgura, cuando sus posiciones se atribuyen á préstamos usurarios en grado sumo, juego, explotación del vicio y otros medios que por lo mismo que se ocultan hay que reputarlos desconocidos al efecto del art. 237 del Código.

También alude el Código al vago tal como lo define la circunstancia vigésimatercera del art. 10 del Código penal, diciendo que es aquel que no posee bienes ni rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.

6.° *Los quebrados y concursados no rehabilitados.*—No distingue el Código entre los quebrados por insolvencia fortuíta, culpable ó fraudulenta. Bástale el art. 878 del Código de Comercio que dispone que declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. La deducción que de este precepto se deriva no puede ser más lógica. Si no puede administrar sus propios bienes, ¿cómo administrará los de un menor y cómo se le habrá de conferir el cargo de más confianza que registran los Códigos? Cabe decir lo mismo del concursado. Mas ahora

bien, si los quebrados fuesen rehabilitados, advirtiendo que el fraudulento jamás puede serlo, ó el concursado fuese declarado inculpable, á tenor de lo dispuesto en el art. 1.297 de la ley de Enjuiciamiento civil, la confianza renace, y obrando dentro del convencionalismo legal, no hay más remedio que levantar la prohibición, siquiera se conozcan extraoficialmente los esfuerzos y habilidades realizados para reponer á la altura que antes tuviera el crédito perdido.

7.° *Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.*—Síguese la misma regla del Derecho antiguo. Las Partidas dijeron: «El que fuere dado por guardador de huerfanos non deue ser mudo nin sordo... e varon e no muger. Fueras ende si fuesse madre o auela que fuesse dada por guardador dellos.» Los casos en que la ley las llama expresamente son aquellos á que se refieren los artículos 211, 220, 227 y 230, relativos á la tutela legítima de los menores, locos, dementes y sordomudos, pródigos é interdictos.

La debilidad natural de la mujer, y como derivación inmediata, su falta de energía para encaminar los pasos de un extraño sobre el cual no pesa el ascendiente del cariño, es el fundamento del núm. 7.° del art. 237. El decoro y la debilidad alejan á la mujer de la tutela, dice Goyena en sus comentarios.

Pudiera añadirse: y la dependencia en que se halla casi siempre.

8.° y 9.° *Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil y los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.*—Conocida es la enemistad que se profesan los contendientes en todo pleito, máxime cuando éste verse sobre el estado civil del menor y la victoria lleve consigo sensibles alteraciones, tanto por lo que á la libertad personal respecta como á la disponibilidad de los bienes.

El Código, comprendiendo la gravedad de todo litigio sobre el estado civil, ni aun siquiera concede á los padres la facultad de dispensar de esta inhabilitación, como lo hace respecto de los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes.

Todo estado de inhabilitación implica necesariamente el hecho de no haberse comenzado el ejercicio de la tutela.

Así es que la existencia de pleito pendiente, supone ó que el

menor haya de continuar el que ya mediaba entre sus padres y el designado tutor, ó entre el mismo menor representado por un tutor que cese en sus funciones y el tutor electo. En ambos casos existe una verdadera incompatibilidad para el ejercicio del cargo, puesto que pugnaría con los principios más elementales que una de las partes contendientes en el litigio ostentase al mismo tiempo la cualidad de representante legítimo de su contrincante.

Por esto mismo opinamos que la causa de inhabilitación señalada en el núm. 3.° es igualmente extensiva al caso en que el electo tutor no hubiese de por sí entablado el pleito, sino que tuviera que continuarlo en concepto de heredero ó cesionario del que lo hubiese promovido.

El artículo concreta la materia ó contenido del pleito á la propiedad de los bienes, pero nosotros creemos que siempre que verse sobre cualquier derecho inherente ó integral de la propiedad, como, v. gr., el de accesión, el de cerrar las fincas rústicas, el de usufructo, el de deslinde, el de servidumbre, etc., quedará comprendido en el caso 9.° que estudiamos.

De un litigio sobre deslinde puede resultar menoscabo de la propiedad; de una cuestión sobre el derecho real de usufructo, por ejemplo, es factible que sobrevenga una reducción de utilidades; de un pleito sobre servidumbre puede nacer una reducción en el valor de la heredad ó de la finca urbana.

Además, cada uno de estos derechos constituye una facultad del propietario y su negación equivale á la de uno de los derechos integrales de la propiedad.

¿Y el que disputase al menor, no la propiedad de una heredad, pero sí la posesión en pleito posesorio y mediante el ejercicio de la acción publiciana? En nuestro sentir, se equipara este caso al previsto en el artículo, porque los efectos de un pleito posesorio son similares á los de todo litigio sobre propiedad.

Para terminar, diremos que si bien el núm. 9.° se contrae á la circunstancia de que el pleito *esté pendiente*, no estaría de más que la inhabilitación se aplicase asimismo cuando el pleito se hubiese fallado. Una transacción amistosa, una solución amigable alejaría todo temor, pero una sentencia ejecutoria genera la sospecha de que persiste la enemistad, máxime cuando ésta, lejos de amortiguarse por el olvido, ha de mantenerse acaso más viva y enconada por efecto del trato continuo.

Si el tutor pierde el pleito sobre la propiedad de una gran dehesa, único patrimonio del pupilo, ¿no será motivo permanente de malquerencia la administración de dicha heredad? ¿Verá con buenos ojos que el menor percibe unas utilidades que en un tiempo consideró suyas? ¿Se conducirá con la misma serenidad de espíritu y rectitud de miras este tutor contrariado en sus propósitos que aquel otro que, limpio de toda ambición, sólo aspira á que los bienes de su pupilo rindan el mayor provecho?

Si la mira del legislador al estatuir la incapacidad del núm. 9.° del art. 237, ha sido la de alejar toda discordia intestina entre guardador y sometido, hay que confesar que en el caso expuesto la causa subsiste y sus efectos perniciosos deben evitarse.

Por de contado, se nos podrá argüir que tratándose de prohibiciones, ó dicho en otros términos más exactos y precisos, de limitaciones de la capacidad civil, no es lícito proceder por asimilación extensiva fundada en la analogía de los casos. Pero á esto replicaremos que aquí no rige la regla de restringir en lo odioso, porque la protección del menor ó del incapaz ahoga todo otro interés secundario y no reviste odiosidad el amparo de los que no pueden dirigirse por sí mismos.

Nuestra opinión queda ya expuesta, y tendríamos á gran lisonja que fuese aceptada por la Comisión de Códigos y recogida en la primera reforma decenal que haya de experimentar el cuerpo legal donde se condensa nuestro Derecho civil.

10. *Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, ó en su caso, por la madre.*—Guarda estrechísima analogía con el número anterior esta causa de incapacidad, derivada en su fundamento, no de la noble tendencia de impedir querellas entre tutor y pupilo, sino del deseo de evitar que el guardador, prevaliéndose de su ascendiente y de su posición legal, aplace indefinidamente el pago de la cantidad adeudada.

Como toda causa de inhabilitación es anterior al desempeño de la tutela, la deuda de que habla el artículo se refiere indudablemente al crédito contraído por los padres del menor y trasmitida á este último por muerte de aquéllos.

La suma, pues, se debe al menor, como heredero del padre ó de la madre. Tan es así, que el mismo Código se encarga de disipar toda duda, confiriendo facultades á aquéllos para remitir por

una determinación de su albedrío la causa de incapacidad en que el tutor estaba incurso.

También pudiera provenir la deuda de un crédito heredado de un pariente ó de un extraño.

Como quiera que el Código exige que la deuda sea de importancia, pero se abstiene de limitar su cuantía, al consejo de familia habrá de quedar esta atribución, teniendo en cuenta que *la importancia* es un término esencialmente relativo, y que para un pupilo con bienes de fortuna puede ser la deuda poco importante, la misma deuda que es de capital transcendencia para un menor ó incapacitado de mediano caudal.

Estas deudas, ¿deberán constar de alguna manera solemne? No creemos que sea necesario. Si el tutor electo la reconoce de buen grado, la simple confesión ante el consejo de familia es requisito bastante para que éste decrete la inhabilitación.

Mas si el tutor negase la existencia de la deuda ó la autenticidad del documento en que constare, será menester, para poder fundarla inhabilitación, que recaiga sentencia firme.

Supongamos, por ejemplo, que se trata de un tutor testamentario, y que el padre ó la madre en su testamento ni hacen mención de la deuda, ni en su consecuencia remiten la causa de incapacidad del núm. 10 que analizamos. Antes de tomar el tutor posesión de su cargo, descubre el protutor la existencia de la deuda, y el consejo en sesión, acuerda por unanimidad declararla de importancia. El tutor niega la existencia de semejante deuda. ¿Podrá el consejo proceder *motu proprio* á declarar la inhabilitación? A nuestro juicio, no. Cuando en el terreno del derecho se discute y razona la negativa de la deuda por el presunto acreedor, crea un estado fluctúante entre la realidad y la duda, en el cual no es factible basar ninguna resolución que cause estado. Es menester en tal caso recurrir á los Tribunales y obtener la declaración de la deuda en una sentencia ejecutoria. Hasta entonces no podrá afirmarse oficialmente el débito.

El consejo de familia, en el caso que hemos previsto, tendrá que poner en posesión de su cargo al tutor, y el protutor, competentemente autorizado por el consejo de familia, será el que podrá demandar al tutor el pago de la suma adeudada (art. 236, número 2.°).

Y si la deuda existiere, pero su pago estuviera suficientemente

garantido, v. gr., con hipoteca inscrita ó con prenda proporcionada á la cuantía del préstamo, ¿podrá estimarse como justa causa de inhabilitación? El Código no distingue. Así es que interpretando literalmente, debemos responder en sentido afirmativo. Nuestra opinión particular es, sin embargo, la de que el consejo puede prescindir de incapacitar al tutor.

Concurriendo una escritura y una garantía sólida y eficaz, no existe el peligro de que el tutor pueda prevalerse de su posición legal para demorar el pago ó no efectuarlo.

Vencido el plazo del préstamo, si el tutor voluntariamente no solventase lo debido, el protutor, en nombre del menor ó incapacitado, repetirá contra cosa dada en prenda ó hipoteca, resolviéndose por tan sencillo modo la contraposición de intereses entre el guardador y el confiado á su guarda.

11. *Los parientes mencionados en el párrafo* 2.° *del art.* 293 *y el tutor testamentario que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.*—Los tutores testamentarios, los parientes llamados por la ley al desempeño de la tutela legítima y los que la ley designa para la constitución del consejo de familia en el artículo 293, se inhabilitan para entrar en el desempeño de sus respectivos cargos si no ponen en conocimiento del Juez municipal el hecho que dé origen á la tutela.

A este artículo, de muy difícil cumplimiento, le está reservada la triste suerte de aquellas leyes de papel de que habla Balmes.

En la práctica su rigor inusitado habrá seguramente de templarse, porque de cumplirlo en su derivación literal, todas las personas enumeradas en el art. 293, que, dicho sea de paso, menciona también á los que tienen derecho á ser vocales del consejo de familia, estarían obligadas á ir con la cantinela al Juez municipal, so pena de incapacitarse para ser tutores. Así, v. gr., muere el padre bajo testamento, nombrando tutor de sus hijos á *B*. El abuelo *C* no da cuenta al Juzgado del hecho que origina la tutela. Presumamos que *B* fallece ó que por causa de inhabilitación no puede entrar en el desempeño de su cargo. Resultará, según el núm. 11 del artículo que comentamos, que *C* también será incapaz de la tutela, porque no cumplió con lo ordenado en el art. 293. Hay que relegar la interpretación literal, atemperándonos á la más lógica. Así, pues, el tutor testamenta-

rio ó el legítimo á quien corresponda el desempeño de la tutela del menor, se incapacitará para su ejercicio si no pone en conocimiento del Juez municipal el hecho que dió margen á la misma.

12. *Los religiosos profesos.*—Nótese que el Código circunscribe esta incapacidad á los que hubiesen contraído los tres votos solemnísimos de obediencia, pobreza y castidad. La vida del claustro es antagónica de la vida civil; la contemplación de las verdades sobrenaturales impide consagrarse á cuidados ajenos, que siquiera atañen á un menor ó un incapaz, llevan como consecuencia funciones administrativas prohibidas á los que se consagran exclusivamente á Dios.

La ley 14 del tít. XVI de la Partida 6.ª consigna análoga doctrina: «Obispo nin monje nin otro religioso non puede ser guardador de profano, porque estos atales han de seruir á Dios en las Eglesias, é embargarse y a este servicio por la guarda que ouiesen de fazer en las personas y bienes de los huerfanos. Mas los otros clérigos seglares, quier sean missacantanos ó non, bien pueden ser guardadores de los sus parientes huerfanos por razon del parentesco que han con ellos.»

Hoy, pues, el Obispo y los *clérigos seglares* de que habla la ley de Partidas pueden ser tutores, y en verdad que ninguna función más en armonía con el espíritu de caridad cristiana que debe resplandecer en los sacerdotes del culto católico que esta de la tutela, que tanta abnegación y cuidados exige para su buen desempeño.

13. *Los extranjeros que no residan en España.*—Finalmente, están incapacitados para ser tutores los extranjeros que no residan en España, de donde se deduce, discurriendo *a sensu contrario*, que pueden serlo los que residan en España, aunque conserven su cualidad de extranjeros.

Goyena, al comentar el art. 202 del proyecto de 1851, formuló la pregunta de si un extranjero podía ser tutor de un español, y después de vagar en el terreno de las hipótesis y sin decir nada en definitiva, expresó que, según su opinión, no podía negarse á un extranjero la tutela de un español cuando en el país de aquél no fuera excluído el español.

De suerte que García Goyena se atenía al principio de reciprocidad, regla invariable que consagra el Derecho internacional en defecto de tratados.

El Código ha aceptado la doctrina de García Goyena en punto á la posibilidad legal de que un extranjero pueda ser tutor en España de un español. Se aparta en cuanto no se atiene al principio de reciprocidad; recuerda sin duda el precepto contenido en el art. 27, que consagra la universalidad de las leyes españolas para los extranjeros residentes en España, y como natural consecuencia, deriva que el extranjero residente en nuestro país puede ser tutor. Ahora bien: si reside fuera se incapacita para serlo por dos razones: primera, porque ya no le alcanza el principio cosmopolita del expresado art. 27; segundo, porque *de facto* el ejercicio de la tutela es imposible, toda vez que el cuidado personal del pupilo y la administración de los bienes del mismo exigen la proximidad del tutor, la cuasi tenencia, si vale la frase, de los derechos. Así como, aunque el Código no lo dice, el español que se viera precisado á fijar su residencia, v. gr., en las islas Filipinas se inhabilitaría para ser tutor de un menor ó incapacitado que tuviere su residencia en la Península; el extranjero que traspusiere las fronteras, de igual suerte se incapacitaría, no sólo por la razón antedicha, sino porque surgiría potentísima esa otra imposibilidad de hecho que engendra la lejanía.

Laurent también se pronuncia por la afirmativa de la propia suerte que el *Tribunal de Casación francés*, no obstante que la jurisprudencia largo tiempo reinante ha sido la contraria.

Resuelto, pues, el caso, por nuestro Código civil, en armonía con las aspiraciones de la ciencia, veamos este otro, que puede estimarse como el reverso del expuesto. Un menor extranjero residente en España pierde á su padre. ¿Puede el consejo de familia designarle tutor? Laurent resuelve también afirmativamente. Manteniéndose firme en su doctrina de que la tutela es institución de Derecho privado, enfrente de Pothier y Savigny, que mantienen, el primero, que es de Derecho público, y el segundo, que reviste un carácter mixto, dice: «La tutela es un derecho del menor. En su consecuencia, el menor extranjero tiene derecho á la protección tutelar, de la propia suerte que el menor francés.» Tratando ya de la cuestión del estatuto que debe regir, añade: «por el momento interesa únicamente saber si el Juez de paz puede constituir el consejo de familia para nombrarle tutor. La cuestión no es dudosa. No puede sortenerse que la ley que traza el organismo de la tutela revista mayores caracteres civiles que

la que estatuye el matrimonio. Si es un derecho natural el de casarse, es también un derecho natural para el menor el de ser protegido.»

He aquí las palabras de Laurent, que hacemos nuestras al efecto del caso enunciado. Remitimos á aquellos de nuestros lectores que quieran ahondar más la cuestión, á la notable obra del jurisconsulto belga titulada *Le Droit International Civil*, tomo VI, capítulo III, § 2.º.

Derecho vigente.—*Civil.*—El que se expresa en el siguiente cuadro:

Están inhabilitados para ser tutores y protutores:

Por razón de restricción de la capacidad jurídica.	1.º	Los que están sujetos á tutela (menores é incapacitados).
	2.º	Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.
	3.º	Los religiosos profesos.
	4.º	Los extranjeros que no residan en España.
Por razón de conducta actual ó presunta.....	1.º	Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.
	2.º	Los condenados á cualquier pena corporal, mientras la condena se extinga.
	3.º	Los que hubiesen sido removidos *legalmente* de otra tutela anterior.
	4.º	Los quebrados y concursados no rehabilitados.
	5.º	Las personas de mala conducta.
Por razón de litigio actual ó presunto.....	1.º	Los que al deferirse la tutela tengan pleito con el menor sobre el estado civil.
	2.º	Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.
	3.º	Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que con conocimiento de la deuda hayan sido nombrados por el padre, ó en su caso, por la madre.

Por razón de negligencia, parentesco é incompatibilidad de cargos..

1.° El tutor testamentario que no diere conocimiento al Juez municipal competente del hecho motivo de la tutela.

2.° Los parientes llamados al desempeño de la tutela legítima y al cargo de vocal del consejo de familia en el mismo caso.

3.° El protutor que sea pariente de la misma línea del tutor, ya sea ésta directa ó colateral.

ART. 238. Serán removidos de la tutela:

1.° Los que, después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 del artículo precedente.

2.° Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, é inscrito la hipotecaria.

3.° Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, ó no lo hagan con fidelidad.

4.° Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

Concordancias.—Análogo al art. 203 del proyecto de Código de 1851 é igual al 204 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part.* 6.ª, *tit. XVIII, ley* 1.ª (Inserta en el art. 237.)

Part. 6.ª, *tit. XVIII, ley* 2.ª—Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E señaladamente es tenuda de lo fazer la madre del huerfano, o su auuela, o su hermana, o su ama que lo crio; o otra persona qualquier, tambien muger como

varon, que se mueua a fazerlo por razon de piedad. Por el moço que fuere menor de catorze años, non podria acusar a su guardador por sospechoso; mas si fuesse mayor, poderlo ya fazer con consejo de sus parientes. E cada vno destos sobredichos puede acusar por sospechoso, tambien al guardador que fuesse dado al que fuesse aun en el vientre de la madre, como al que fuesse ya nascido; quier fuesse establescido por guardador en testamento, o por razon de parentesco, a quien dicen legitimo; o fuesse dado por otorgamiento del Juez del lugar. E la acusacion de los guardadores que se faze por razon de sospecha deue ser fecha delante del Judgador mayor del lugar, do ha el moço sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusación de la sospecha.

Part. 6.ª, *tit. XVIII, ley* 3.ª — El Judgador de su oficio puede remouer al guardador, de la guarda, maguer non le acuse ninguno, si viere, o entendiere, que faze mal la fazienda del huerfano en qualquiera manera quier que lo vea, ó lo entienda. Otrosi decimos, que luego quel guardador es acusado por sospechoso, e el pleyto de la acusacion es començado por demanda e por respuesta, deue el Juez dar a otro ome bueno en fieldad la guarda de el moço, e de sus bienes, fasta que el pleyto sea acabado.

COMENTARIO.—Artículo de referencia en su mayor parte, cabe afirmar, rigorosamente hablando, que no necesita comentario, toda vez que el del artículo anterior le es aplicable casi en su totalidad.

Serán removidos de la tutela:

1.° *Los que después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números* 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 *del artículo precedente.*—Con respecto á esta parte primera del artículo, son causas bastantes para la remoción:

a) La declaración de incapacidad del tutor.

b) La condena penal por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.

c) La condena á una pena corporal mientras no extinga la responsabilidad penal que le fuere impuesta.

d) La remoción de una tutela cuyo desempeño fuese simultáneo al de la de que se trate.

e) La mala conducta personal ó la carencia de medios de vivir lícitos y conocidos.

f) La declaración de quiebra ó concurso.

g) La incoación de demanda por el tutor sobre el estado civil del pupilo.

h) La profesión religiosa.

i) El abandono por el extranjero de su residencia en España.

Si todas estas causas son bastantes para impedir que el tutor llegue á apoderarse de la persona del menor y de la administración de sus bienes, es llano que cuando sobrevengan después de comenzado el desempeño de la tutela, deben producir el mismo efecto de incapacitar al guardador.

El precepto se impone con fuerza avasalladora, y el legislador español lo ha consignado.

2.° *Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, é inscrito la hipotecaria.* Por lo que respecta al que se hubiese ingerido en el desempeño de la tutela, esto en rigor no es la remoción de un tutor, sino la separación de un intruso.

Si el tutor, prescindiendo de afianzar su cargo, practicare actos administrativos, como, por ejemplo, percibir alquileres, rentas ó frutos, arrendar fincas rústicas ó urbanas, etc., incurrirá en causa de remoción, aun cuando su administración refluya en beneficio del incapacitado ó del menor.

La gestión de negocios ajenos sin mandato se funda, como todos los cuasi contratos, sobre la licitud de los hechos; y en este caso la ilicitud de la gestión del tutor es evidente, porque el Código prohibe (art. 252) que la tutela pueda deferirse, sin que el tutor preste la debida garantía.

El Código se muestra muy expeditivo, y ciertamente, por lo que hace al nombramiento de protutor, debió, en nuestro concepto, fijar un plazo, pasado el cual sin que el tutor hubiese instado dicho nombramiento quedaría incurso en causa de remoción.

Siendo atribución del consejo de familia la designación y nombramiento del protutor, caso de no haberlo testamentario, un consejo enemistado con el tutor podría prevalerse de esta indeterminación y vaguedad de la ley para provocar una remoción sin fundamento racional y jurídico.

También son causas de remoción comprendidas en el número que estudiamos las siguientes:

1.ª Si—tratándose de un tutor nombrado con relevación de fianza—sobreviniesen causas graves que hiciesen precisa la constitución de garantía y el tutor no la constituyese en el plazo que el consejo señalase al efecto.

2.ª Si los bienes dados en hipoteca ó prenda sufriesen merma ó aumentase el caudal del menor ó incapaz y el tutor no ampliase su fianza en el término que el consejo designase.

No hay para qué decir que si el tutor se alzase del acuerdo del consejo de familia ante el Juez de primera instancia competente, utilizando el recurso que concede el art. 310, el plazo no pasa para la constitución ó ampliación de fianza, y no se contará sino desde el pronunciamiento del auto decisorio del recurso que confirme el acuerdo del consejo.

3.° y 4.° *Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, ó no lo hiciesen con fidelidad, y los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.*—Estos dos números no requieren explicación, y es llano que aquel que no formaliza el inventario y aquel otro que se conduzca mal en el desempeño de la tutela, deben ser removidos de sus cargos. El primero, porque la omisión en que incurre da vida á la desfavorable presunción de que trata de defraudar los intereses del menor. El segundo, porque la tutela se confiere para defender al menor, no para precipitarle en la ruina.

La apreciación de la conducta, buena ó mala, favorable ó desfavorable del tutor como cuestión de hecho, compleja, es imposible de determinar *a priori* en sus líneas generales, y habrá de quedar á la discreción del consejo de familia.

Algunos casos podemos, sin embargo, ofrecer como ejemplo. Así, los malos tratos al menor, el poco celo en su educación, el no rendir las cuentas anuales, eludir los acuerdos del consejo ó contravenirlos expresamente, el abandonar el cultivo de las heredades, no practicar los reparos necesarios en los edificios, etc.

El Código no ha dicho una sola palabra respecto á la publicidad de la acción para pedir la remoción del tutor sospechoso que las leyes de Partida establecieron, siguiendo el ejemplo de la legislación romana. Después de todo, hay que presumir que así como sustenta que acción pública es la ejercitada por el Ministerio fiscal, hoy esta acción pública de nuestras antiguas leyes compete exclusivamente al protutor, quien como vigilante y ce-

losísimo fiscal, está obligado á lanzar el grito de alarma, á tenor de lo dispuesto en el núm. 3.° del art. 236 del Código civil. Creemos, sin embargo, que no está vedada la denuncia formal al vocal presidente del consejo de familia ó á cualquiera de los individuos del mismo para que procedan, según la ley, adoptando aquellas medidas que mejor respondan al peligro en que se hallasen los intereses del menor, efecto del descuido ó dolosa conducta del tutor.

Otras garantías tendrían los menores si se cumpliera el artículo 292. Porque, en efecto, este artículo dice: «Los Jueces examinarán anualmente los libros Registros, y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.»

Bien comprendemos que este artículo envuelve una violación injusta de las atribuciones del consejo de familia, y de ello nos ocuparemos en su debido lugar; pero al cabo sería llevadera si redundara en beneficio del menor ó del incapacitado. Hemos tenido ocasión de ver el testimonio de una inscripción en el Registro de una tutela constituída con vicio legal de los que traen aparejada la remoción del tutor, y esto nos ha hecho meditar que el art. 292 va á correr la suerte de las leyes de Indias: se obedecen, pero no se cumplen.

ART. 239. El consejo de familia no podrá declarar la incapacidad de los tutores y protutores, ni acordar su remoción, sin citarlos y oirlos, si se presentaren.

Concordancias.—Análogo al art. 206 del proyecto de Código de 1851 é igual al 205 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 240. Declarada la incapacidad, ó acordada la remoción por el consejo de familia, se entenderá consentido el acuerdo, y se procederá á proveer la tutela

vacante, cuando el tutor no formule su reclamación ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se le haya comunicado la resolución.

Concordancias.—Análogo al art. 205 del proyecto de Código de 1851 é igual al 206 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 239 Y 240.—Estos dos artículos tendrían un lugar más adecuado, bien en la ley adjetiva civil, si llegara la anhelada reforma, ya en un Reglamento del consejo de familia, si por acaso se lograra su publicación.

El carácter de ambos preceptos es eminentemente procesal y constituye el único vestigio adjetivo al que ha de subordinarse el consejo para decretar la inhabilitación y la remoción.

Por consecuencia de tan rudimentaria labor acontece que uno de los lugares donde más se nota la falta de un Reglamento para la naciente institución del consejo de familia, es este que nos ocupa, relativo á la inhabilitación de los tutores y protutores; y es que disponiendo la ley civil que sea el consejo de familia el que declare la incapacidad, no ha prescrito un procedimiento definido, á cuyo término la declaración del consejo encaje como el auto al final de unas actuaciones. Por algunos se dice que la ley civil sustantiva no es lugar acomodado para trazar un procedimiento, porque esto es pertinente de las leyes adjetivas. Pero cabe argumentar, aunque no en contra de esta doctrina, que es exacta, que el Código es el que ha omitido esta regla de plan, porque ha mezclado requisitos de tramitación, muy propios del Reglamento, con disposiciones sustantivas. ¿Qué son los artículos 239 y 240 que comentamos sino trámites de un expediente de marcadísimo sabor adjetivo?

Entre tanto no se defina cuál debe ser el procedimiento que ha de seguirse en las causas de inhabilitación, el criterio jurídico enseña que, conocido por el consejo de familia el motivo que produzca la incapacidad, debe formalizar un breve expediente, en el que se reúnan los antecedentes necesarios para resolver con conocimiento de causa. Así, por ejemplo, adquiere el protutor ó cual-

quiera de los vocales del consejo la certidumbre de que el tutor nombrado testamentariamente ó al que le corresponda por ley la tutela, es persona de torcida conducta; deberá escuchar los testimonios de personas veraces que confirmen y truequen en realidad la sospecha, comprobando si fuere posible el hecho con vista de los documentos que sean un resultado necesario de esa mala conducta; por ejemplo, escrituras de préstamos usurarios ó sentencias de juicios convenidos, etc. Todos estos datos deben reunirse en el expediente, poniendo notas expresivas de las diligencias de investigación, cuando no sea factible obtener copias autorizadas ó testimonios en relación de los documentos.

Terminada esta especie de información, procede que el consejo se reúna y sea oído el tutor. El acuerdo, es decir, el acta fundada concluye el expediente y deja al inhabilitado el campo anchuroso del juicio ordinario ó del trámite incidental, donde ante el Juez se discutan amplísimamente los motivos de la inhabilitación y á cuyo término, por sentencia ejecutoria, se decida definitivamente sobre el impedimento.

Innecesario es decir que los mismos trámites y los mismos requisitos en el acta deben seguirse cuando, en lugar de un tutor, se trate de declarar la incapacidad de un protutor.

Ocupémonos brevemente del procedimiento en las causas de remoción.

No siendo estas causas en su mayor número, sino las mismas de inhabilitación, acaecidas después de haber entrado el tutor en el desempeño de su cargo, algunas ligeras observaciones serán suficientes para aclarar la materia.

El acuerdo de remoción exige un brevísimo expediente, por virtud del cual llegue el consejo de familia á la comprobación de la causa que origine medida tan dura contra el tutor.

El Reglamento del consejo, cuando se publique, aclarará estos extremos, hoy un tanto obscuros, por cuanto reina el criterio individual, de suyo discordante, por la dificultad insuperable de que el pensamiento de los juristas y prácticos coincida en la adopción del mismo concepto. El expediente se ha de reducir, como decimos, á la acumulación de los elementos probatorios de la causa denunciada. Estos elementos pueden ser: escritos (prueba documental), orales (declaraciones de testigos). El consejo de familia practicará estas pruebas, y con vista de lo que arrojen, y

atendiendo á las manifestaciones del tutor, dictará su acuerdo en la forma ordinaria de acta.

Que la inhabilitación y la remoción debiera declararse previa la forma de juicio, de la propia suerte que la excusa, es evidente, y que de este juicio debería entender por propia competencia el consejo de familia, también es incontrovertible; pero como quiera que el Código civil, por olvido ó por respeto al dominio de las leyes adjetivas, no ha indicado procedimiento alguno, dejando anchuroso y libre campo para que el tutor removido ó inhabilitado discuta ante los Tribunales de justicia los motivos de inhabilitación ó remoción, con la amplitud y formalidad del juicio ordinario, parece inducirse que el acuerdo del consejo reviste cierto carácter gubernativo, cuyo carácter no rehuye, antes bien exige la comprobación de la causa denunciada.

Poco hemos de decir después de lo ya manifestado.

Cúmplenos sí reconocer la excelencia del principio consignado en el art. 239, según el cual, el consejo de familia no podrá declarar la incapacidad de los tutores y protutores, ni acordar su remoción, sin citarlos y oirlos si se presentasen.

El principio no puede ser más equitativo y es acreedor el Código á todo linaje de elogios por la inclusión de este tan sencillo precepto, dique puesto á la arbitrariedad de los vocales del consejo que, en tutelas de determinada importancia, quisieren hacer pesar su influencia en beneficio de algún protegido.

Siempre ha sido norma de la equidad el axioma de que nadie debe ser condenado sin ser oído, máxima que recogió Lactancio en su célebre sentencia, y máxima, finalmente, que constituye uno de los más robustos pilares de la administración de justicia.

El consejo de familia, como tribunal que delibera, falla y ejecuta, no podía quedar excluído de la regla, y por eso el Código civil ha estatuído que no podrá dicho consejo declarar la incapacidad de los tutores y protutores ni acordar su remoción sin citarlos y oirlos si se presentaren. Evidente es que, si citados no compareciesen á alegar los motivos de su justificación, la rebeldía en que se colocan es razón más que sobrada para acordar la remoción sin escucharlos. Debiera haber fijado el Código un término, transcurrido el cual pudiera el consejo de familia decidir, si el tutor no compareciere, acerca de la remoción. Mas como no lo ha fijado, hay que estarse á lo que el consejo decida. Pudiera

adoptarse como regla un término prudencial, v. gr., cinco días á contar de la citación, si el tutor estuviere en el mismo punto donde el consejo radica, aumentándose un día por cada 30 kilómetros de distancia entre el punto en que el tutor se hallare y aquel otro donde resídiere el tribunal de la familia, si no los enlazare línea férrea, etc.

El proyecto de Código de 1851 en su art. 206 consignó ampliada la misma doctrina, y decimos ampliada porque disponía que la resolución fuese fundada, expresando las causas y oyendo al interesado cuando pudiere hacerse sin grave inconveniente. Exactamente lo mismo preceptúa el art. 447 del Código civil francés. Aunque nuestro Código actual no indica nada respecto á que la resolución sea fundada, entendemos que la omisión no excluye esta garantía, y para ello nada mejor que acomodarse á la forma de los autos, condensando los hechos en resultandos, y el derecho y los fundamentos racionales en considerandos.

La ley de Enjuiciamiento civil ajustó el principio que consigna el art. 239 á la constitución orgánica de la tutela antes de la promulgación del nuevo Código, y por eso estableció en su art. 1.879 que los tutores y curadores, ya sean para bienes, ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria, aun cuando sea á solicitud de menores, añadiendo que para decretar su separación después de discernido el cargo será indispensable *oirlos* y vencerlos en juicio. Hoy es el consejo de familia el que, en uso de indiscutibles facultades, puede remover á los tutores que se inhabiliten para el desempeño de su cargo, y las funciones del Juzgado quedan reducidas á aprobar ó desaprobar el acuerdo del susodicho consejo, cuando se apelare de la resolución del primero.

En consonancia con el art. 239, el 240 dispone que declarada la incapacidad del tutor por la concurrencia de alguna causa de inhabilitación, y acordada la remoción por el consejo de familia, si transcurren quince días, á contar de la comunicación del acuerdo tomado, sin que el tutor formule la reclamación, se entenderá consentida la resolución y se procederá á proveer la tutela vacante. Los acuerdos del consejo de familia, de la propia suerte que los de los Tribunales, requieren un plazo, pasado el cual se tornan ejecutivos y se llevan á efecto sin que contra ellos pueda entablarse recurso alguno. Así, pues, el artículo que tratamos

fija el término de la prescripción de la acción del tutor si no la ejercita en tiempo. ¿Ante quién deberá ejercitarla? La respuesta es indeclinable: ante el Juzgado de primera instancia. Una vez planteado el litigio, las resoluciones que se pronuncien serán susceptibles de todos los recursos que la ley de Enjuiciamiento civil establece. No dice tampoco el Código el procedimiento que en el Juzgado habrá de seguirse para resolver la cuestión que promueva el tutor. Si se reputa alzada ó apelación de la resolución del consejo, las apelaciones ante los Jueces de primera instancia tienen su trámite determinado en los artículos 733 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento. Nosotros creemos que la cuestión debe someterse íntegra al Juzgado, ante cuyo Tribunal podrá verificarse por el tutor cumplida prueba y justificación de su inocencia y se alegarán de una y otra parte las razones en que apoyan, la una su proveído, la otra su alzamiento.

Optamos por este último procedimiento y conceptuamos adecuado para resolver la cuestión el establecido por la ley de Enjuiciamiento civil para los incidentes, ó en su caso, si éste no diere suficientes garantías, el juicio civil ordinario.

ART. 241. Cuando el tutor promueva contienda judicial, litigará el consejo á expensas del menor; pero podrán ser personalmente condenados en costas los vocales, si hubiesen procedido con notoria malicia.

Concordancias.—Análogo al art. 207 del proyecto de Código de 1851, é igual al 207 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 242. Cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptada por unanimidad, no se admitirá recurso alguno contra ella.

Concordancias.—Análogo al art. 208 del proyecto de Código de 1851, é igual al 208 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 241 Y 242.—No necesita comentario el precepto expreso del art. 241.

Promovida la contienda por el tutor, el consejo debe comparecer legítimamente representado y defendido á sostener sus derechos, litigando á expensas del menor. Algo violento nos parece que vengan á recaer en daño del pupilo las tenacidades de un tutor, pero no cabía resolver de otra suerte. La conducta de los juzgadores dulcificará el rigor de la ley, imponiendo al tutor las costas del litigio siempre que descubran un punto de temeridad ó mala fe.

Mas cómo pudiera suceder que la razón estuviere de parte de éste, y la mala fe de parte del consejo, el Código prevé el caso y dispone que podrán ser *personalmente* condenados en costas los vocales si hubiesen procedido con notoria malicia. El empleo de la palabra *personalmente*, requiere una brevísima explicación. Es sabido que las decisiones del consejo se toman por mayoría de votos (art. 305 del Código). Pudiera ocurrir que alguno de los vocales disintiere de la opinión de sus compañeros y salvara su voto contrario á la resolución apelada. ¿Por qué razón ha de recaer sobre éste una culpa que no cometió? De aquí que el Código no establezca que las costas las pague la colectividad del consejo, porque habría que prorratearlas entre todos, sino que se impondrán personalmente, es decir, á aquellos que dieran su voto en pro del acuerdo recurrido y le suscribieran con su firma. Así entendemos nosotros el art. 241 del Código.

El siguiente, 242, también es sencillísimo y huelga la glosa. Cuando la resolución del consejo sea favorable al tutor y haya sido tomada por unanimidad, no se admitirá contra ella ningún recurso. Veamos cómo debe entenderse la unanimidad de que habla el Código. El artículo antes citado, 305, dice que «el consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes por lo menos tres vocales,» de donde se deduce que estando presentes pueden proveer. Ahora bien: si los tres concurrentes estuvieren conformes con la resolu-

ción tomada, ¿se entenderá que ésta es unánime y consiguientemente que contra ella no cabe ningún recurso si fuere beneficiosa al tutor? Hemos buscado en las leyes sustantivas de otros países algún precepto que concordase con el que tratamos, para deducir siquiera por analogía una interpretación que tuviera en su apoyo alguna opinión autorizada de legista ó glosador extranjero; mas nada hemos hallado. Tenemos, pues, que mostrar descarnado nuestro pensamiento. Opinamos que la unanimidad de que habla el artículo es la de los cinco vocales que constituyen el consejo de familia.

La opinión conforme de los vocales concurrentes podrá constituir la unanimidad de los congregados, pero no la del consejo de familia, que es lo que el Código busca.

Si, por ejemplo, se reúnen sólo tres vocales, número suficiente para adoptar determinaciones á tenor del art. 305, y votan todos conformes, ¿podremos afirmar seriamente que el acuerdo tomado representa la unanimidad del consejo? Podrá, sí, afirmarse que concurre la unanimidad de la mayoría absoluta, pero nada más.

El precepto se justifica teniendo en cuenta que si la ley autorizase á un vocal á recurrir en alzada contra su propio voto, elevaría á la categoría de derecho legislado el principio de la contradicción, quedando desvirtuada la antigua máxima de que nadie puede repetir contra sus propios actos.

Si todos los vocales no concurren, ¿por qué motivo ha de negársele á los no asistentes el derecho de acudir ante el Juzgado utilizando el recurso que el art. 310 del Código concede? ¿Por qué el criterio de una mayoría ha de ahogar el libre ejercicio de los recursos legales?

Y por lo que atañe al tutor, ¿se explica dentro de las normas de un recto criterio que aquél pueda apelar de una resolución favorable? Proclamada su capacidad, no pudiendo alegar causa de excusa, la tutela se convierte en un cargo obligatorio.

No se necesitan otras consideraciones para dejar demostrada la exactitud de la interpretación que hemos dado á la palabra *unanimidad*. Un comentarista distinguido, el Sr. Manresa, se aparta radicalmente de nuestro criterio y entiende que el acuerdo conforme de los vocales concurrentes, aunque no sean más que tres, constituye la unanimidad de que habla el artículo. Después

de la alegación de nuestros argumentos, no nos detenemos á refutar los del Sr. Manresa, ni fuera por otra parte necesario, dada la endeblez de los motivos en que se apoya.

La indeterminación y la vaguedad del precepto nos mueve á articular la siguiente pregunta:

El art. 242, ¿dice relación á todos los acuerdos del consejo de familia, sea cual fuere su contenido, ó se limita y concreta á determinaciones decisivas de las causas de incapacidad de los tutores y protutores? Ambas soluciones pueden ser defendidas; la primera la patrocina la generalidad del artículo; la segunda su colocación dentro de un capítulo que se reduce á tratar de las causas de inhabilitación.

Si optamos por la primera hipótesis merece acerbas censuras este precepto del Código, que por virtud de la negativa de los recursos ordinarios para el caso que prevé, puede tornarse, y de hecho se torna, en amparador del fraude.

¿Por qué ha de ser firme la resolución que el consejo adopte cuando el voto de los consejeros sea unánime y resulte favorecido el tutor?

¿Quién duda que de esta suerte y aunados el consejo y el tutor, pueden cometer abusos que á la postre dañen los derechos del pupilo ó redunden en menoscabo de su fortuna? ¿A qué se reduce entonces la vigilante misión del protutor? Hay que partir de que el acuerdo no sea contra ley, v. gr., la relevación de fianza, el aumento de la pensión del tutor en cantidad superior al 10 por 100, porque entonces surgiría potente la nulidad, toda vez que son nulos, según el art. 4.º, los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley.

Se parte del supuesto de que la resolución del consejo se ajuste á la ley, pero que emboce con la apariencia legal la criminalidad de su fondo. ¡Tantos contratos leoninos se encubren con la máscara de la equidad! Pongamos un ejemplo. El consejo acuerda la venta de una heredad para pago de atenciones de la tutela. Al tutor esto le conviene, que al cabo, de la venta depende el cumplimiento de obligaciones del menor que recaen sobre su cabeza, por cuanto le representa legalmente. El consejo, además, obrando dentro de sus facultades, concede por unanimidad al tutor expresa licencia para comprar los bienes objeto de la venta. Todo esto es legal y no se aparta un ápice de lo estatuído por el Có-

digo. Empero entre las mallas de tan bien tejida red puede esconderse un fondo inmoral. ¿No podrá el protutor alzarse de las resoluciones del consejo ante el Juzgado de primera instancia? En puridad de derecho, sí. La ley, sin embargo, se lo veda, puesto que concurren todas las circunstancias del art. 242, á saber: se trata de resoluciones del consejo tomadas por unanimidad y favorables al tutor. Pues bien: contra resoluciones de esta índole no cabe recurso alguno.

Nótese cómo, en la hipótesis que hablamos, el Código, siguiendo la derrota de una deducción, ha venido á concluir en un precepto funestísimo para los intereses del menor ó del incapacitado.

Si aceptamos la segunda hipótesis, tenemos que reconocer que el artículo se contrae á formular una simplicísima y redundante declaración. Ambas opiniones se mantienen por los autores, pero, á decir verdad, la primera es la que cuenta con más adeptos.

Nosotros, que en las ediciones anteriores de este tomo IV nos mostramos sumamente reservados y sin definir nuestro pensamiento, después de haber meditado el problema, nos inclinamos hacia el lado donde militan los que sostienen la segunda hipótesis, ó sea que el artículo sólo se refiere á los acuerdos en los cuales pronuncie el consejo la declaración de capacidad para ser tutor del tachado de inhábil.

ART. 243. Si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento.

Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarare la incapacidad ó acordare la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer á los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.

Concordancia.—Análogo al art. 209 del proyecto de Código de 1851, é igual al 209 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Toda esta serie de artículos, á contar del 239, pertenecen á la categoría, si vale la frase, de preceptos adjetivos sustantivados; porque, con efecto, por razón de su contenido, el lugar que propiamente les corresponde es el de las leyes adjetivas. Esto no obstante, por lo mucho que afectan á lo sustancial de la materia, el Código les ha dado cabida entre aquellos otros que sientan los principios constitutivos del Derecho sustantivo civil. Dice el art. 243 que «si por causa de incapacidad no entrare en el desempeño de su cargo el tutor, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelve en definitiva sobre el impedimento». Creemos que si estuviere designado el protutor, éste ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia estime indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos; que, al cabo, la situación del tutor incapacitado para el desempeño de su cargo, se asemeja á la del que tampoco puede ejercer la tutela por no haber prestado la fianza, y no hay razón para rechazar en un caso lo que cabe aplicar á otro tan semejante. De esta suerte se combinarán entre el consejo y el protutor, si estuviere designado, los deberes propios de la tutela.

Esto habrá de entenderse cuando el tutor no haya entrado todavía en el ejercicio de su cargo; mas cuando hubiese ya comenzado sus funciones tutelares, y el consejo de familia acordase, en resolución fundada, su remoción, ¿á qué arbitrio recurrir? De lo que el Código dice se deduce que el tutor continuará desempeñando la tutela; mas las determinaciones en las cuales sea de necesidad la intervención del consejo de familia, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.

Nosotros, sin apartarnos un punto del sistema seguido por el Código, hubiéramos optado por la suspensión del tutor en sus funciones, proveyendo al cuidado de la tutela el consejo y el protutor en la combinación de funciones que antes hemos expresado. El medio excogitado por el Código adolece de un defecto, es á saber, una morosidad incompatible con la urgencia de las funciones

tuitivas. Porque si para la ejecución de cada una de las determinaciones de la tutela se requiere la aprobación judicial, ó lo que es lo mismo, la licencia, menester es promover un acto de jurisdicción voluntaria, y esto, ya lo hemos dicho, aparte de la pérdida de tiempo, acarrea graves dispendios pecuniarios al menor, que no debe ser el responsable de la conducta inmoral del tutor. Además, de esta suerte queda totalmente anulado el consejo y destituído de autoridad el protutor. En definitiva, que cuando debiera robustecerse más el prestigio de estas nacientes instituciones, se le arrebata y se deposita en el Juez.

Bien mirado, el Código, atemperándolo al orden actual de la tutela, ha seguido el medio establecido por el art. 1.839 de la ley de Enjuiciamiento civil, para el caso de que se hiciese oposición al nombramiento de tutor. Disponía el Código procesal que el menor quedase bajo la custodia del tutor electo, lo mismo que su caudal, previas las garantías que le pareciesen suficientes al Juez. Una cosa análoga preceptúa el art. 243 del Código civil; pero ha resultado lo que tenía que resultar dada la transformación total del organismo de la tutela: una superposición deforme.

Recapitulando: censurable es el medio elegido, no sólo por las complicaciones y demoras que produce, sino porque es atentatorio de la actual constitución de la tutela, que rehuye la intervención judicial y reduce sus atribuciones, antes omnipotentes, á las de todo Tribunal de apelación, es á saber, á decidir el litigio. Al cabo, *dura lex, sed lex.*

CAPÍTULO VII

DE LAS EXCUSAS DE LA TUTELA Y PROTUTELA

Aquella antigua distinción de la jurisprudencia romana de excusas necesarias y voluntarias que ha venido perpetuándose en el lenguaje de las escuelas y ha sido adoptada por muchos tratadistas y expositores, ha desaparecido en nuestro Derecho civil codificado. Éste distingue entre causas de inhabilitación y causas de excusa; las primeras necesarias, puesto que no dependen de la voluntad, sino del precepto categórico de la ley; las segundas voluntarias, excusas propiamente dichas, porque son hijas de la alegación libre y justificada de un motivo atendible que, bien por razón del cargo que en el *mundo oficial* se desempeñe, bien por defecto de instrucción ó imposibilidad de hecho, se reputa bastante para eximir del desempeño de la tutela y protutela á la persona en quien dicho motivo concurre.

La mayor parte de las causas de excusa que los Códigos modernos admiten, traen su abolengo del Derecho romano. Para convencerse de ello basta repasar el tít. I, libro veintisiete del Digesto, *De excusationibus*. Allí encontramos que en Roma podían excusarse de la tutela los mayores de setenta años, los que tuviesen determinado número de hijos legítimos, los que desempeñasen tres tutelas, ó cuando más, los que fuesen muy pobres; los

filósofos, gramáticos y retóricos; los atletas coronados en los certámenes sagrados; los Doctores en leyes, si enseñasen su ciencia en Roma; los Presidentes de las provincias mientras durase el cargo; los Magistrados de las ciudades; los enfermos que no pudieran consagrarse á la administración de sus propios bienes; los soldados que honestamente cumplieran el tiempo de la milicia y los que militasen matriculados, así como los que siguiesen á las tropas y cualesquiera otros que se ausentasen por causa de necesidad pública de la plebe romana.

Otras causas también existían, tales como la establecida á favor de los medidores de granos y del Colegio de panaderos de Roma; pero desde luego se comprende que estas causas, ni tienen importancia, ni aportan otra influencia que el de su valor meramente histórico.

La legislación de Partidas se atuvo al precedente romano; así es que en sus páginas encontramos sancionadas las excusas de los gramáticos, retóricos, dialécticos, físicos y filósofos, y otras que el adelanto del derecho y el espíritu nivelador moderno han hecho desaparecer.

Los privilegios onerosos de la ganadería condujeron á nuestros legisladores á conceder la facultad de excusarse de la tutela y curaduría á los ganaderos que tuvieren doce yeguas de vientre.

Como quiera que buena parte de estas leyes, dictadas para un estado y condición sociales diferentes del nuestro, no podían prevalecer, cayeron en desuso y se consideraron como letra muerta.

Tan cierto es que á pesar de todas las prohibiciones

de los Códigos, se impone siempre avasalladora la costumbre.

El Código ha venido á restablecer la armonía, desterrando de sus páginas aquellos motivos de excusa que si en su tiempo, es decir, cuando fueron dictadas respondían á un espíritu nobilísimo, hoy no podrían lógicamente mantenerse, é introduciendo otros nuevos como obligada consecuencia de las instituciones creadas al calor de las transformaciones operadas en la vida social.

La confusión de términos, reinante en las legislaciones antiguas entre las inhabilitaciones y las excusas, también ha desaparecido. El Código, dando á la voz excusa su propio significado, la considera como expresión en el derecho de un acto libre dirigido á la exención del desempeño de las funciones tutelares por la concurrencia de alguna de las causas legítimas que expresamente menciona.

Laurent clasifica las excusas en excusas fundadas sobre un servicio público, sobre el interés privado y excusas extralegales.

La clasificación del ilustre profesor belga adolece de un grave defecto para el comentarista, defecto que el mismo Laurent reconoce cuando afirma que, si juzgando según su criterio, la excusa reviste un carácter particular, procediendo como intérprete de la ley carece de derecho para crear una teoría que no tenga base en el texto. Admitir, añade, excusas que la ley no expresa, vale tanto como crear excepciones fuera de la ley.

Toda excusa se basa en el interés social, porque como tal debemos reputar el del menor ó incapacitado. Mas, sin dejar de reconocer este principio, podemos cla-

sificar las causas de exención, atendiendo á los motivos en que el legislador se ha basado para establecerlas.

Tres son los términos dentro de los cuales pueden englobarse las excusas:

1.° Por razón de dignidad ó empleo público.

2.° Por razón de atenciones privadas preferentes.

3.° Por razón de impedimento físico ó intelectual.

En el primer grupo comprendemos:

a) Los Ministros de la Corona.

b) Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del de lo Contencioso-Administrativo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino.

c) Los Arzobispos y Obispos.

d) Los Magistrados, Jefes y funcionarios del Ministerio fiscal.

e) Los Auditores, Provisores y Fiscales eclesiásticos.

f) Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

g) Los militares en activo servicio.

h) Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

En el segundo grupo incluímos:

a) Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

b) Los que fuesen tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

c) Los que fuesen ya tutores ó protutores de otra persona.

Finalmente, en el tercero y último grupo colocamos:

a) Los mayores de sesenta años.

b) Los que por el mal estado habitual de su salud no puedan consagrarse á la tutela.

c) Los que por no saber leer ni escribir no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.

Después de enumerar concretamente el capítulo en cuyo estudio vamos á penetrar todas las causas de excusa, expone en el art. 245 una regla que, bien mirada, no es otra cosa que una causa más que pudo holgadamente tener cabida en el artículo anterior con sólo añadirle un nuevo párrafo.

Contiene también el capítulo otros preceptos consagrados á regular el ejercicio del derecho de excusa, finalizando con una regla que examinaremos con algún más despacio por la dureza y justicia del precepto que en ella se contiene.

ART. 244. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

1.° Los Ministros de la Corona.

2.° Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.° Los Arzobispos y Obispos.

4.° Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.

5.° Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

6.° Los militares en activo servicio.

7.° Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.° Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

9.° Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

10. Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.

11. Los mayores de sesenta años.

12. Los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona.

Concordancias.—Análogo al art. 210 del proyecto de Código de 1851, é igual al 210 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 6.ª, *tit. XVII, ley* 1.ª Escusança tanto es como mostrar alguna razon derecha en juyzio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huerfano, non es tenudo de recebir en guarda a el, nin a sus bienes. Pero non ha por que mostrar escusança ninguna, el que es dado por guardador de huerfano, seyendo el menor de veynte e cinco años, porque estos atales non lo pueden ser, maguer quieran.

Partida 6.ª, *tit. XVII, ley* 2.ª—Razones ciertas, son porque los omes se pueden escusar, que non sean guardadores de huerfanos. La primera es, quando aquel que es dado por guardador, ha cinco fijos naturales, e legitimos biuos. Pero si alguno ouiesse perdido de los cinco fijos vno, o mas, en batalla en seruicio de Dios, e del rey, bien puede ser contado entre los biuos, e escusarse el padre por esta razon, de ser guardador. Otrosi se pueden escusar, que non sean guardadores, todos aquellos que han de recabdar las rentas del rey, e los que son sus mensageros, e los que han de judgar, e cumplir la justicia por obra. Pero si alguno destos ouiesse recebido en guarda algun huerfano antes que le ouiessen dado aquel oficio, non se podria despues escusar por esta razon, que lo non ouiesse en guarda. Otrosi dezimos, que si algun guardador de huerfanos ouiesse de yr en seruicio del rey, por su mandado, a alguna parte que fuesse muy lueñe; o fuesse alla, por seruicio, o por pro comunal de la tierra en que biue; este atal deuenle atender, fasta que venga. Pero deue dexar los moços, e sus bienes en guarda, e en recabdo de tal ome, que piense

bien dellos, de mientra que el tornare. E quando viniere deue cobrar, e auer los huerfanos en su guarda, bien assi como los tenia en ante. E aun dezimos, que desde aquella sazon que viniere fasta vn año, non le deuen dar otro huerfano nueuamente en guarda. Fueras ende, si pluguiere a el mesmo, de lo recebir. Otrosi dezimos, que si acaesciesse algun pleyto grauado de nueuo entre el guardador, e el huerfano, sobre toda la heredad del moço, o sobre alguna partida grande della, que por tal razon como esta bien se puede escusar el guardador, que non aya en guarda el huerfano. E aun dezimos, que auiendo algun ome tres guardas de huerfanos, si acaesciesse que le quieran dar otro en guarda, bien se puede escusar por tal razon como esta, que non reciba la quarta guarda. Otrosi, el que fuesse tan pobre, que non ouiesse al, por que guarescer, si non por lauor de sus manos, bien se puede escusar que non sea guardador de huerfano. Otrosi se podria escusar que non fuesse guardador, el que fuesse enfermo de tal enfermedad, de que nunca pudiesse guarescer. E aun, el que non supiesse leer, nin escriuir, si fuesse tan simple, o tan nescio, que non se atreuiesse a fazer la guarda con recabdo. E aun se podria escusar de la guarda del huerfano, el que ouiesse auido grand enemistad capital con el padre de aquel que le quisiessen dar en guarda. E capital enemistad es dicha, quando a quel que es dado por guardador del huerfano, acuso al padre del, de cosas que si se le fuessen probadas, que le deuian matar porende, o ser mal enfamado, o si le ouiesse assechado en otra manera, por lo matar; o si ouiesse seydo su enemigo conoscidamente, e non fuesse despues fecha la paz entre ellos. E escusarse podria otrosi de la guarda, aquel a quien ouiesse mouido pleyto de seruidumbre el padre del huerfano, o el al otro. E otrosi el que fuesse mayor de setenta años ó menor de veynte e cinco.

Partida 6.ª, *tit. XVII, ley* 3.ª—Cauallero que estouiesse en Corte del Rey, o en otro lugar señalado por mandado del: o por pro comunal de la tierra, bien se puede escusar, que non tome guarda de huerfano, por razon de aquel seruicio que faze. Otrosi el que fuesse maestro de gramatica, o de rhetorica, o de dialectica, o de fisica, mostrando su sciencia á los escolares, e obrando por ella en su tierra: o en otro lugar por mandado del Rey, bien se puede escusar qualquier dellos, que non sea guardador del huerfano. Esso mismo seria de los Maestros de las leyes que sir-

uen a los Reyes, biuiendo con ellos por sus jueces o por sus consejeros. E aun dezimos, que los Filosophos, que muestran el saber de las naturas, se pueden escusar, que no sean guardadores de huerfanos contra su plazer. Otrosi dezimos, que el que fuesse dado por guardador al moço menor de catorze años, desque le aya guardado fasta que sea desta edad, bien se puede escusar que lo non aya en su cura dende en adelante, si non quisiere. E sobre todo dezimos, que el marido non deue ser dado por guardador de los bienes de su muger que fuesse menor de edad, porque sospechamos, que la muger, por amor que ha a su marido, non le demandaria emienda del daño, o del menoscabo, que fiziesse en ellos, e que gelo perdonaria todo de ligero. E porende deue pedir el marido al Juez, que de a los bienes della otro guardador, que sea sin sospecha.

Novisima Recopilación, libro décimo, tít. II, ley 7.ª—Porque en todo se ayude á la multiplicacion, como cosa tan importante, y a la felizidad y freqüencia del estado del matrimonio, por donde se consigue; ordenamos y mandamos, que los quatro años siguientes al dia en que uno se casare sea libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y los dos primeros destos quatro, de todos los pechos Reales y concegiles y de la moneda forera (si acertare a caer en ellos): y si se casare antes de diez y ocho años, pueda administrar (en entrando en los diez y ocho) su hacienda, y la de su muger, si fuese menor, sin tener necesidad de venia: y a los que teniendo veinte y cinco años cumplidos estuvieren por casar, se les puedan echar las dichas cargas y oficios concegiles, y ellos tengan obligacion a admitirlas, aunque esten en la potestad y casa de sus padres: y que el que tuviere seis hijos varones vivos, sea libre por toda su vida de las dichas cargas y oficios concegiles, y aunque falte alguno de los hijos, se continue el privilegio.

Novisima Recopilación, libro séptimo, tít. XXIX, ley 3ª.—... Que cualquiera persona que tuviese doze yeguas de vientre, y dende arriba, y las hobiere tenido tres años antes continuos, no pueda ser preso por deudas contraidas despues que tuviere las dichas yeguas, salvo si fuere por rentas Reales: y que á los que tuvieren las dichas doze yeguas de vientre no se les saque trigo ni cebada ni otros bastimentos ni bagages para la provision de nuestras armadas ni galeras, ni para otro efecto ni servicio nuestro; ni

puedan ser nombrados contra su voluntad por tutores ni curadores de menores, ni por mayordomos...

COMENTARIO.—Conocida la distinción metódica hecha por el Código civil entre causas de excusa y causas de inhabilitación y remoción, y habiendo ya estudiado éstas, vamos á ocuparnos de las primeras, deteniéndonos en aquellos extremos del artículo que requieren alguna explicación.

La antigua jurisprudencia romana, según hemos visto, bajo el nombre impropio de excusas, comprendió, tanto las causas de exención voluntarias como alguna de aquellas otras que incapacitan al sujeto para el desempeño del cargo tutelar. La distinción hecha por el Código civil, que ya alboreó en nuestras leyes patrias, pone la cuestión en sus verdaderos términos, según las reglas de la más sana hermenéutica legal.

Innecesario es definir la excusa. Cabe decir, no obstante, para mayor claridad, que es la causa legítima que, alegada en tiempo y debidamente justificada, produce la exención de la tutela y protutela.

Pueden excusarse, dice el Código, y con ello da á entender que es potestativo:

1.° *Los Ministros de la Corona.*

No tiene esta excusa precedentes en nuestra legislación por lo mismo que el cargo de Ministro, tal como hoy le conocemos, no existió hasta el establecimiento en la gobernación del Estado español del sistema constitucional. Cargo eminentemente público, nacido en nuestro tiempo, lleva consigo la responsabilidad del ejercicio del Poder y de los actos de impulsión administrativa. Lejos, pues, de fundarse esta excusa en privilegios siempre odiosos por su peculiar naturaleza, se apoya sobre la base de la constante actividad en el desempeño verdaderamente febril del espinoso y envidiado cargo ministerial.

2.° *Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino.*

La alteza y excelencia del cargo es sin duda alguna la razón de la excusa que tratamos. Engloba el Código dentro de este número á los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, genuína representación del Poder legislativo, y á los Presidentes de los

Tribunales que ora con jurisdicción retenida, ora delegada, desempeñan la Administración de justicia en sus esferas contenciosa, contencioso-administrativa y militar.

Así, pues, los que pudiéramos llamar directores de los organismos legislativo y judicial, están facultados para excusarse del desempeño de la tutela y protutela si libre y espontáneamente hacen valer la causa legal de su preeminencia en la junta de constitución del consejo de familia.

Otro órgano de la esfera central del Estado es el Tribunal de Cuentas del Reino, que habiendo perdido el carácter de Supremo que en su día ostentó, tiene á su cargo la misión de fiscalizar la gestión económica, revisando las cuentas producidas como síntesis de sus operaciones por los diversos organismos de las esferas central, provincial y municipal de la nación.

También el Presidente de este Tribunal puede alegar como exención el puesto oficial que desempeña, y asimismo la razón de esta excusa, que, como las anteriores, transciende á privilegio, estriba en la superioridad del cargo.

Nótase una omisión padecida por el Código, que nosotros vamos á suplir.

Por ley de 13 de Septiembre de 1888, se creó el Tribunal Contencioso Administrativo (organismo anejo al Consejo de Estado), compuesto, según el art 8.°, por once Ministros individuos de dicho Consejo, de los cuales uno desempeña el cargo de Presidente.

El Código, que concede el derecho de excusa al Presidente del Consejo de Estado, no menciona al del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Creemos que, no obstante la omisión, se halla comprendido implícitamente en el núm. 2.° del artículo que estudiamos.

3.° *Los Arzobispos y Obispos.*

La elevada jerarquía eclesiástica de los Príncipes de la Iglesia, así como también la jurisdicción que ejercen, son causas cada una de por sí suficiente para producir la excusa de la tutela y protutela. No hay que olvidar que el Obispo es Juez nato de su Diócesis, y que si la mayor parte de las veces es cierto que delega su jurisdicción en el Provisor, no lo es menos que aquélla radica en él hasta el extremo que el Provisor cesa *ipso facto* cuando fallece el Obispo.

La ley 14 del tít. XVI de la Partida 6.ª incluía entre los incapacitados para la tutela, á los Obispos, porque estos atales, decía, han de servir á Dios en las iglesias y no deben embargarse de este servicio por la guarda de tales huérfanos.

El Código novísimo, deslindando los campos, ha reducido la antigua causa de incapacidad, necesaria por su propia naturaleza, á causa de excusa, y como tal voluntaria, y hoy los Arzobispos y Obispos pueden, si así place á su albedrío, desempeñar la tutela y protutela de los menores huérfanos y mayores incapacitados, quedando sujetos á las mismas reglas que los demás ciudadanos, es á saber: á producir la excusa en la reunión del consejo de familia dedicada á constituir la tutela.

Que los religiosos profesos no puedan ser tutores y protutores, es una derivación lógica de la condición en que están dichos servidores de Dios después de la profesión y de los votos solemnes é inquebrantables de obediencia, pobreza y castidad. Empero los Obispos y Arzobispos, á más de no estar sujetos al voto de obediencia, tampoco lo están al de pobreza; lejos de vivir en comunidad y sujetos á la austeridad y estrechez de las reglas monásticas, gozan de una independencia adecuada á la naturaleza de las funciones episcopales, relativas al culto de Dios y á la administración de las cosas sagradas. Finalmente, perciben del Estado una decorosa sustentación (según las palabras del Concordato), que les permite investir su autoridad de aquellas profanas apariencias tan necesarias al respeto y ostentación de su jerarquía.

En estas condiciones, salta á la vista que no hay motivo que fundadamente pueda reputarse argumento en pro de la incapacidad de los Arzobispos y Obispos para el ejercicio de la tutela y protutela, cargo á todas luces piadoso, y cuyos dos fines esenciales son la educación moral del menor y la administración de sus bienes.

Y el Vicario capitular, Sede vacante, ¿podrá excusarse?

Una Sede episcopal puede quedar vacante por muerte, renuncia, traslación y deposición simple ó jurídica del Obispo.

En todos estos casos la potestad de administrar la Diócesis pasa al Cabildo; mas con el fin de evitar las dificultades y peligros de una administración colectiva, é inspirándose en las disposiciones del Concilio Tridentino, se procede por los Cabildos

en el término de ocho días á la elección de un Vicario Capitular, en quien recaen los derechos peculiares del Capítulo.

Nuestra opinión es la de que tanto por tratarse de un cargo, cuyo carácter de interino salta á la vista, como por no equipararse las atribuciones y deberes del Vicario á las genuínas y privativas del cargo episcopal, no hay motivo suficiente para conceder el derecho á la excusa por la mera ostentación de dicha cualidad.

4.° *Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.*

El Código, en este particular, no ha hecho más que copiar las antiguas leyes, concediendo esta exención á los individuos del Poder judicial y Ministerio público y dándoles esta fácil salida de la excusa en algunos casos de comprometidas y complicadas tutelas. Por lo demás, ni la superioridad del cargo autoriza la excusa, que no es tanta su eminencia como todo eso, ni las funciones del juzgador agobian tanto que impidan el ejercicio de la tutela y protutela. No quiere esto decir, ni mucho menos, que el juzgar bien sea cosa llana y no lleve consigo grandes desvelos. Acaso, acaso, juzgar bien, separar del embrollo y complicación del pleito aquellos elementos constitutivos del litigio, apreciar la prueba en su generalidad y con aplicación á los extremos controvertidos, repetimos que acaso sea la función más difícil de desempeñar acertadamente; pero también insistimos en que deja sobrado tiempo, salvo en determinadas localidades, para consagrarse á otras atenciones, entre las cuales puede contarse esta que estamos estudiando, de la tutela y protutela.

Y al llegar á este punto nos asaltan el pensamiento algunas dudas que vamos á reflejar brevemente, exponiendo nuestra humilde opinión acerca de las mismas.

1.ª Estas excusas de que habla el Código, ¿alcanzan por igual á los Magistrados, Jueces y Fiscales civiles que á los del orden eclesiástico? Porque el Decano y los Auditores del Supremo Tribunal de la Rota española podemos equipararlos en sus cargos á los Magistrados que administran la justicia civil, los Provisores á los Jueces, y los Fiscales eclesiásticos y defensores de matrimonios á los funcionarios que desempeñan la Fiscalía en la jurisdicción contenciosa en sus esferas civil y penal.

Concurren razones de índole legal. Los Tribunales eclesiásticos son competentes por disposición expresa del Decreto-ley de 6 de

Diciembre de 1868 y Real decreto de 9 de Febrero de 1875, para entender de las causas de divorcio ó nulidad de matrimonio y de lo demás que los Sagrados Cánones prescriben.

Existiendo identidad en los fundamentos jurídicos de la excusa, no hay motivo que abone interpretar restrictivamente el artículo, sino amplificativamente.

Es por consiguiente nuestra opinión la de que el Decano y los Auditores del Supremo Tribunal de la Rota española, los Jueces eclesiásticos y los funcionarios que desempeñen el Ministerio fiscal, pueden excusarse de los cargos de tutela y protutela.

2.° Creemos también, por la eficacia de análogos motivos de derecho, que la excusa ha de extenderse á los Ministros del Tribunal Contencioso-Administrativo.

3.° La última duda que nos ha sugerido el estudio del número 4.° del artículo que comentamos, es la de si podrá ser tutor un Juez dentro del territorio de su jurisdicción.

El Código portugués en el art. 234, y el Código mejicano en el 562, consideran dicha circunstancia como causa de inhabilitación.

Procediendo interpretativamente tenemos que reconocer que, puesto que el Código no lo prohibe ni hay disposición de la ley orgánica del Poder judicial que á esto se refiera particularmente, el Juez ó el Magistrado puede ser tutor aun en su propio territorio. Las prohibiciones de la ley necesitan consignarse en un texto expreso y categórico.

Si nuestro parecer valiera algo, diríamos que en la corrección decenal del Código debiera incluirse este caso que tratamos entre las causas de inhabilitación para ser tutor y protutor. Pase que la renuncia sea potestativa en pueblos á donde no alcance la jurisdicción del Juez ó Magistrado; pero hácesenos muy violento un Juez desempeñando la tutela ó protutela de un menor precisamente en el mismo territorio donde ejerce jurisdicción. Valga por lo que valiere, exponemos la idea, y vamos á reforzarla con algunas consideraciones prácticas.

Ya hemos dicho que no es causa de incapacidad. Para cerciorarse de ello basta leer los artículos 111 y 117 de la ley orgánica del Poder judicial. Ninguno de los dos menciona el caso que exponemos.

Ahora bien: supongamos que un Juez dentro del territorio de

su Juzgado ejerce la tutela de un menor. A simple vista observaremos una verdadera anomalía, á saber, que el Tribunal de apelación, por decirlo así, del consejo de familia, vendría á estar desempeñado por el mismo tutor. Ya por esta parte se entorpece el recurso legal que el Código concede, porque dado caso que un vocal del consejo apelare de alguna resolución favorable al tutor, pero lesiva á los derechos del menor, tendría que empezar por recusar al Juez, alegando, no solamente la causa octava del artículo 189 de la ley de Eujuiciamiento civil, ó sea la de tener interés directo en el asunto, sino también la quinta, relativa al desempeño de la tutela.

Recusado el Juez de primera instancia, entraría con propio derecho á entender del negocio el Juez suplente, que en la mayoría de los casos sería el Juez municipal, y se daría con esto pábulo á rumores, porque al cabo la suspicacia popular siempre creería sentir el peso de la influencia del recusado, que la haría valer acaso, no sólo á impulsos del despecho, sino del propio interés.

Avancemos todavía un poco más, y siempre en el terreno de la hipótesis, presumamos que llega el cabo de año y que se impone dar cumplimiento al art. 292 del Código civil, cuyo contexto es el siguiente: «Los Jueces examinarán anualmente estos Registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.»

En el ejemplo que hemos puesto, la garantía que concede el Código se convierte en letra muerta.

¿No será preciso que el Juez tutor se dé por recusado al solo efecto de que el Juez suplente examine el libro del Registro de tutelas? Y, por ventura, ¿no sufrirán los mismos inconvenientes? ¿Y los gastos y dilaciones, acaso gravísimas, para los intereses del menor?

Mas por encima de todos estos inconvenientes descuella una razón indiscutible de incompatibilidad, es á saber, la de que nadie puede ser al propio tiempo tutor y juez de sí mismo. Porque, en nuestro entender, no es menester que el conflicto estalle y la cuestión tenga que resolverse por los Tribunales de justicia. Sin necesidad de esto, la posición legal no varía siquiera, no se determina por el ejercicio.

Repetimos lo dicho. El Código no inhabilita al Juez para des-

empeñar la tutela dentro del territorio de su jurisdicción. Razones hay legales y morales que aconsejan, más diremos, imponen la excusa. En nuestra labor de comentaristas, no podemos hacer otra cosa que apuntar la idea, que consiste en constituir en causa de inhabilitación esta verdadera incompatibilidad de cargos que hemos examinado.

5.° *Los que ejerzan autoridad que dependa directa é inmediatamente del Gobierno.*

Dos circunstancias se requieren para que se perfeccione esta causa de excusa: 1.°, que el excusante ejerza autoridad; 2.°, que ejerciéndola dependa de una manera directa é inmediata del Gobierno. Disposición es ésta nueva en nuestro Derecho por lo que respecta á la forma, si bien en el fondo tiene su precedente en la ley 2.ª del tít. XVII de la Partida 6.ª, cuya ley menciona á los mensajeros y á los que van á recaudar las rentas del Rey.

Baste decir para aclaración del número que tratamos, que en la actualidad son los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda de las provincias los que ejercen su autoridad, dependiendo inmediatamente del Gobierno. Cierto que los Capitanes generales y Gobernadores militares se encuentran en el mismo caso, mas no los incluímos en este apartado, toda vez que habremos de ocuparnos de ellos inmediatamente al estudiar el número 6.° del artículo que comentamos, referente á los militares en activo servicio.

6.° *Los militares en activo servicio.*

Atendida la vaguedad del precepto, hemos de detenernos algo más en su examen.

Por de contado, hemos de admitir que las palabras «*Los militares en activo servicio*» dicen relación, lo mismo á los ejércitos de mar que á los de tierra. En su consecuencia, los marinos en activo servicio, bien en los buques de la escuadra, en los puertos, en las estaciones navales, en las comandancias, etc., podrán excusarse del desempeño de la tutela y protutela.

Sabidas son las prerrogativas y excepciones de que los militares gozan, debido á la naturaleza de la profesión que desempeñan.

Constituyen aquéllas lo que en el tecnicismo jurídico se denomina fuero, que cada día va estrechando sus límites, modificándose constantemente por disposiciones que, localizando las uni-

dades orgánicas, han venido á constituir de la noble carrera militar una de tantas profesiones del Estado.

Como reflejo de estos privilegios, subsiste uno recogido en la causa de excusa de que tratamos.

Tratadistas de nuestro derecho, tales como Febrero y Gutiérrez, han conceptuado como causa de incapacidad para el desempeño de la tutela la carrera de las armas. Viso, no obstante, la reputa como excusa en su exposición notable de *Derecho Civil Castellano*. La razón está de parte de este último, y el Código es digno de alabanza al recoger el principio de la legislación derogada en su vigencia.

De antiguo y romano origen arranca el privilegio de los militares.

El Derecho de Roma estableció que no fueran admitidos á desempeñar la tutela aunque quisieran. Al cabo, así lo exigía la azarosa vida de los ejércitos romanos. Copiaron el precepto las leyes de Partida. «Ni el cauallero mientras viviere fuera de su casa siruiendo al Rey ó á otro su señor en seruicio de Cauallería,» decía la ley 14 del tít. XVI de la Partida 6.ª

De aquí provino que el docto Gutiérrez dijese en sus *Estudios fundamentales del Derecho civil*, refiriéndose á esta ley, que la prohibición ni podía ser más terminante ni más fácilmente conocida.

Respetando la opinión de tan ilustrado civilista, y deseosos de hallar el verdadero origen de la excusa, creemos encontrarle en los artículos 3.º y 6.º del tít. I, tratado VIII de las Ordenanzas para el régimen y disciplina de los ejércitos, de 22 de Octubre de 1768. Con efecto, dichos artículos vinieron á derogar la doctrina contenida en la ley de Partidas citada, y basta su lectura para convencerse de que lo que por Derecho romano y en la legislación alfonsina fué una terminante prohibición, se trocó en causa voluntaria por las Ordenanzas, que otorgaron el derecho de excusa, no sólo á los militares en servicio activo, sino también á los retirados con quince años de servicios no interrumpidos, disposición esta última que por lo que trasciende á merced ó privilegio, ha desaparecido con la publicación del Código.

Como incapacidad subsiste aún el servicio militar activo en el derecho francés (art. 428 del Código Napoleón). Maleville explicaba este precepto diciendo: ¿Cómo un militar constantemente fuera de Francia podrá llenar los deberes de la tutela?

Cuando Maleville escribía, Francia semejaba un campo de batalla; el estado de guerra era permanente como en los tiempos de Roma. Restablecida la paz, no hay motivo ninguno, como dice Laurent, para establecer una diferencia entre los funcionarios militares y los civiles, salvo la dispensa más frecuente á los primeros por efecto de los cambios de guarnición.

Y dicho esto por vía de historia é instructivo antecedente, veamos ya quiénes se reputan en servicio activo.

Dos términos comprende el particular del art. 244 que estudiamos, y consiguientemente dos términos hay necesidad de aclarar.

¿Quiénes son militares? La respuesta es sencillísima. Los que forman parte del ejército. Ahora bien: éste se compone, según el artículo 22 de la ley del ejército de 29 de Noviembre de 1878, cuyo artículo, con ligerísimas variantes, es el 5.° de la adicional de 19 de Julio de 1889, de las siguientes armas, cuerpos é institutos: Estado Mayor general; Cuerpo de Estado Mayor; tropas de la Casa Real (Alabarderos y Escuadrón de la Escolta); armas de Infantería, Caballería y Artillería; Cuerpos de Ingenieros, Guardia civil, Carabineros y Cuerpo y Cuartel de Inválidos. En concepto de auxiliares, el Cuerpo jurídico, Intendencia é Intervención; Sanidad, con sus dos secciones de Medicina y Farmacia militar; el de Tren, Clero Castrense, Veterinaria y Equitación. Completan el organismo del ejército, auxiliando en los servicios técnicos y militares, el Cuerpo auxiliar de Oficinas, Brigada obrera y topográfica, Cuerpo de practicantes, personal auxiliar de la Intendencia, el personal del material de Artillería é Ingenieros y los porteros, mozos y ordenanzas de los Centros militares. Ya sabemos quiénes son *militares*, y esto basta á nuestro primer propósito, pero queda por esclarecer el segundo término. ¿Qué se entiende por servicio activo á los efectos legales?

Para contestar hemos de acomodarnos á la ley constitutiva del Ejército, vigente en cuanto expresamente no haya sido derogada por la ley adicional de 19 de Julio de 1889.

Dice la ley constitutiva en su art. 31, con relación á los jefes y oficiales, que podrán tener dos situaciones, la de actividad y la de retiro, comprendiendo la primera la activa propiamente dicha y la de reemplazo por exceso de personal. A su vez, la activa propiamente dicha abarca la de los colocados en cuadros

activos y comisiones. Desde luego podemos descartar el reemplazo dentro de la actividad del servicio, toda vez que por modernas disposiciones ha ido desapareciendo, efecto de la creación de las escalas de reserva, limitándose exclusivamente á los excedentes en cuerpos auxiliares ó impuesto por vía de pena á los que observaren mala conducta ó contrajeran deudas injustificadas, siempre previa la formación de expediente gubernativo.

También conocemos ya la significación jurídica de la frase servicio activo. Resta presentar el cuadro de dudas que nos asaltan, resolviéndolas según las normas que nos parezcan más acomodadas al derecho.

¿Podrán los oficiales generales, jefes y oficiales particulares pertenecientes á la escala de reserva alegar como causa de excusa de la tutela y protutela el caso 6.º del artículo cuyo comentario nos ocupa, fundándose en que se hallan comprendidos en la segunda situación que determina el art. 31 de la ley de 29 de Noviembre de 1878? Siguiendo la libre inspiración de nuestro criterio, contestaríamos negativamente. La escala de reserva de las diferentes armas es debida á las reformas modernas que, ávidas de imprimir movimiento al personal, han creado esa escala especial para aquellos que, ora por achaques, carencia de espíritu militar, desengaños sufridos ó atenciones particulares ineludibles, decaen voluntariamente del derecho de pertenecer á la escala activa, percibiendo las cuatro quintas partes del sueldo y quedando, por lo que respecta al ascenso y abono de los años de servicio, en la situación de reserva.

En esta ventajosa posición, gozando de tan positivo privilegio, ¿es justo eximirles de una carga que tan cómoda y fácilmente pueden sobrellevar, desempeñándola con la solicitud y cariñoso celo de un buen padre de familia? Estimamos que no. Los Tribunales han de decidir. Nuestra opinión ya queda expuesta, siquiera su valor sea tan exiguo.

Tratemos ahora la excusa con relación á los individuos de la clase de tropa.

Conocidas son las diversas situaciones creadas por la ley de Reclutamiento y Reemplazo de 12 de Julio de 1885. Pasamos por alto las denominadas cajas de recluta y servicio activo permanente, por cuanto no puede ocurrir el caso de excusa, toda vez que los comprendidos en estas dos expresadas situaciones, por

falta de edad, están incapacitados para el desempeño de la tutela y protutela.

Mas no sucede lo propio con los individuos de la tercera y cuarta situación, ó sean aquellos que pertenecen á la reserva activa ó disfrutan de licencia ilimitada, y los reclutas en depósito ó condicionales (antes llamados disponibles). ¿Podrán éstos alegar legítimamente como excusa la situación en que se encuentran colocados?

Los individuos de la tercera situación, ó sean los pertenecientes á la reserva activa, pueden ser llamados á la menor eventualidad, les está prohibido contraer matrimonio y recibir órdenes sagradas. Atendidas estas causas, parécenos muy justo que, alegada tempestivamente la excusa, débeseles admitir, no sólo en méritos de su incierta situación, sino también para evitar los gastos y trastornos de una remoción precipitada y prematura. Los individuos de la cuarta situación, ó sea los reclutas en depósito, gozan de una posición distinta. Exentos en su mayoría por la redención á metálico ó por la concurrencia en ellos de las diversas situaciones que la ley respeta, tales como las de la madre viuda y pobre, inutilidad física, excedencia del cupo, etc., el llamamiento al servicio puede asegurarse que es dificilísimo. Así es que de éstos no puede caber ni asomo de duda. Su posición dentro del ejército no los excusa, y consiguientemente no están comprendidos dentro del caso 6.° del art. 244 que estamos examinando.

7.° *Los eclesiásticos que tengan cura de almas.*

No todos los que reciben órdenes sagradas tienen cura de almas. Va ésta íntimamente unida al ejercicio del ministerio parroquial, si bien corresponde asimismo á las más elevadas jerarquías sacerdotales.

Lleva consigo la cura de almas, no sólo la predicación de la doctrina evangélica, sino también la administración de los Sacramentos no reservados al orden episcopal. De aquí que la excusa se base en el ejercicio de un cargo, que lleva aneja jurisdicción y consiguientemente constantes desvelos y atenciones.

Así como expusimos nuestro criterio al tratar de la tutela y protutela ejercida por los Jueces dentro de su territorio jurisdiccional, así, con la misma franqueza que entonces, aconsejamos

á los eclesiásticos que no usen del derecho que la ley les otorga: que nunca mejor fructifica la caridad cristiana, tan adecuada en el sarcerdocio, que cuando se ejerce en favor de menores sin protección é incapacitados sin amparo.

8.° *Los que tuviesen bajo su potestad cinco hijos legítimos.*

La disposición de este número ha venido á derogar de una manera expresa el privilegio concedido por la ley 2.ª, tít. XVII, Partida 6.ª, á los que tenían cinco hijos naturales y legítimos vivos, reputándose en el número de éstos los muertos en servicio del Rey.

Ya según el Derecho romano, podían excusarse los tutores no tan sólo por el número de hijos legítimos que bajo su potestad tuviesen, sino también por los emancipados y dados en adopción, bastando para ello tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias, contándose como vivos al efecto los que hubiesen perecido en la guerra, porque, como con elegante frase dice el Código Justinianeo, los que mueren en defensa de la República viven eternamente para su gloria. Exención era ésta proveniente de la ley Papia Popea, establecida con el intento de favorecer los matrimonios.

Nuestro Código ha venido á borrar este privilegio, ateniéndose á un criterio positivo. Basta leer el caso 8.° del artículo que examinamos, cuyo caso se limita á los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos. Consiguientemente, aquellos que tuvieren hijos mayores, emancipados por el matrimonio ó por consentimiento de los padres, ó dados en adopción, no podrán incluir éstos en el número de los cinco que requiere el Código, para que la causa de excusa sea valedera y surta sus efectos en derecho.

El hijo concebido ¿se contará en el número de los cinco que la ley exige para alegar excusa?

El Derecho romano previó el caso, y una ley del Digesto (1) lo resolvió diciendo: *Qui autem in ventre est, etsi in multis partibus legum comparatur iam natis, tamen neque in præsenti quaestione, neque in reliquis civilibus numeribus prodest patri.*

Creemos aplicable la misma regla en nuestro derecho. La concepción del hijo no determina su personalidad, y el Código,

(1) Ley 2.ª, § 6.°, tít. I, libro veintisiete, Dig. *De excusationibus.*

lo que exige es que el padre tenga bajo su potestad cinco hijos vivos.

¿Podremos con el Código civil afirmar la patria potestad como derecho sobre un ser concebido, pero cuya personalidad, como acabamos de decir, no se ha determinado? He aquí por qué conceptuamos aplicable la constitución del Emperador Severo, recogida en la transcrita ley del Digesto.

9.° *Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*

Con razón decía Ulpiano: *Paupertas sane dat excusationem, si quis imparem se oneri iniuncto possit probare.*

Bien está que á los tutores se les exija el esmero y solicitud necesarios en provecho del menor; pero no es justo imponerles el duro sacrificio de descuidar sus necesidades para atender las del desvalido. No puede llegar á tanto el rigor de la ley. La filantropía es obra de la voluntad, mas no del imperio del legislador. La ley de Partidas expresó la misma excusa. «Que non ouiere, dijo, al porque guarescer si non por labor de sus manos.» Al cabo no puede cuidar bien á los ajenos el que necesita cuidar su propia persona.

10. *Los que por el mal estado habitual de su salud ó por no saber leer ni escribir no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.*

Así como la carencia de medios económicos excusa de la tutela, así también la pobreza física y la parvedad intelectual producen igual efecto.

De los humildes rústicos é iliteratos escribe Paulo (1): *Mediocritas et rusticitas interdum excusationem praeben secundum Epistolas Divorum Hadriani et Antonini. Eius qui se neget literas scire excusatio accipi non debet si modo non sit expers negotiorum.*

El no saber leer ni escribir no constituye causa de excusa, si esta ignorancia es suplida por una imaginación despierta y una clara perspicacia. Constantemente observamos entre los habitantes de las localidades apartadas de los grandes centros, hombres de clarísimo talento natural, inteligentes administradores de su patrimonio, y, sin embargo, desconocen aun las vocales del abecedario.

Atendiendo á estos motivos, el Código, en vez de erigir

(1) Ley 6.ª, § 19, Tít. I, libro veintisiete, *Dig.*

el desconocimiento de la lectura y escritura en causa de incapacidad, la reduce á motivo legítimo de excusa.

11. *Los mayores de sesenta años.*

Por ley inquebrantable de la naturaleza, en la niñez como en la senectud, es decir, en los dos crespúsculos de la vida, la luz de la inteligencia brilla con menor intensidad. Teniendo en cuenta este principio, las leyes civiles han reconocido siempre como causa de excusa la edad avanzada.

Excusantur á tutela et curatoria, qui septuaginta annos compleverunt, dijo el Derecho de Roma, setenta años expresaron nuestras antiguas leyes de Partida; setenta, repite el art. 227 del Código lusitano; sesenta y cinco consignan los Códigos de Francia, Italia y Méjico; sesenta dice el Código actual, considerando que, traspuesto este límite, comienza la ancianidad, y es justo y legítimo que en los últimos años de la vida se exima al ciudadano de cargos que no dejan de ocasionar serios cuidados.

¿Cuándo ha de cumplir esta edad el excusante?

El artículo habla indudablemente de los que al constituirse la tutela hayan cumplido los sesenta años. Pero como la constitución de una tutela comprende varios actos, creemos que si antes de constituirse definitivamente, en el período que transcurra desde el nombramiento hasta la toma de posesión cumple la edad mencionada, valdrá la excusa.

12. *Los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona.*

Esta es la última de las excusas legítimas que enumera el artículo 244 del Código civil.

Comparando esta disposición con la de la ley de Partidas, se observa que basta el ejercicio de una tutela ó protutela para poder alegar excusa, al paso que el Código alfonsino requería el desempeño de tres tutelas para poder excusarse de la cuarta. «Auiendo algun ome tres guardas bien se pueda excusar que no reciba la cuarta.» Algunos jurisconsultos interpretaron la excusa, sosteniendo que era suficiente el desempeño del cargo de tutor para poder eximirse de otra nueva. Y es que como la voz «guarda» era genérica de la tutela y curatela, distinguieron entre ambas, conceptuando fundadísimamente la primera como más gravosa que la segunda. Mas sea de ello lo que quiera, nuestro Código civil, siguiendo el ejemplo de varios Códigos extranjeros, se ha decidido por un criterio justo.

He aquí ya expuestas con las debidas aclaraciones todas las causas de excusación que nuestro derecho civil codificado admite.

Con la publicación del Código observamos: 1.°, que han desaparecido algunas excusas que ya se había encargado de borrar la costumbre por impracticables é injustas, tales como las reconocidas en favor de los profesores de gramática, retórica, medicina y jurisprudencia; de los casados en los cuatro primeros años de su matrimonio, y de los ganaderos que tuviesen doce yeguas de vientre, excusa ésta última consignada en la Novísima Recopilación y derogada en 1834, cuando fueron abolidos todos los privilegios de que disfrutaba la ganadería, con perjuicio de la agricultura, y 2.°, que algunos justos motivos muy dignos de haber sido recogidos por nuestro Código, han sido relegados al silencio.

De uno solo haremos mención con el fin de no extender inconsideradamente este comentario. El art. 428 del Código civil francés admite como excusa el desempeño de una misión fuera del país.

El Embajador, el agregado diplomático, el Cónsul, el que desempeña una misión secreta confiada por el Estado lejos de su país, ¿no podrán excusarse de la tutela y de la protutela cuando podíamos mantener sin atrevimiento que existe una verdadera incompatibilidad para el cumplimiento de las obligaciones que el cargo impone? Esto no obstante, nuestro Código no expresa esta causa de excusa, así como también omite ocuparse de los que por razón de su oficio carecen de residencia fija, como sucede con los marinos mercantes, viajantes de comercio, etc.

ART. 245. Los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela, si, en el territorio del Tribunal que la defiere, existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

Concordancias.—Igual al art. 211 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 246. Los excusados pueden, á petición del tutor ó protutor, ser compelidos á admitir la tutela luego que hubiese cesado la causa de la exención.

Concordancias.—Igual al art. 212 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 245 Y 246.—Tienen entre sí tan estrecha analogía los dos artículos enunciados, que, á imitación de lo que otras veces hemos hecho, vamos á comprenderlos dentro de un solo comentario.

Supone la ley que las personas ligadas por los lazos del parentesco se profesan más afecto y estimación que los extraños, así como también presume, fundadamente, que la estimación se acrecienta á medida que el vínculo es más próximo. De otra parte, entiende el Código que ampliada la esfera de atribuciones de la familia hasta el punto de constituirse en directora de los miembros de la misma que son incapaces de gobernarse por sí mismos, es justo que, pues participa de los beneficios, conlleve en la debida proporción las cargas. Por estas razones, existiendo dentro del territorio de la tutela parientes del menor ó incapacitado, puede excusarse al extraño. Ahora bien: el Código sólo reputa justa la excusa si los parientes lo fueren hasta el sexto grado, mas no si traspasasen ese límite. Patente está el motivo de esta disposición, y bien mirado, es el mismo que tuvieron las leyes romanas y han tenido todos los Códigos para establecer la tutela legítima.

Hasta el sexto grado, dice el art. 245, y con efecto, hasta el sexto grado extiende el 955 la capacidad para suceder abintestato.

No hace, pues, otra cosa el artículo que examinamos que aplicar el principio de la compensación; porque nada hay más razonable ni más equitativo que las cargas se compensen con los beneficios, y sea el que disfrute de éstos el mismo que levante el peso de aquéllas.

Ya hicimos notar en otro lugar de este tomo la grave incorrección cometida por los redactores del Código, empleando el verbo «deferir» con respecto á los Tribunales de Justicia, siendo así que

el testamento, la ley y el consejo de familia son los únicos medios por los cuales se defiere la tutela.

Sin repetir lo expuesto entonces, opinamos que la frase que el Código emplea, es á saber, «en el territorio del Tribunal que la defiere,» puede traducirse así: «en el territorio del Tribunal en cuyo Registro haya de inscribirse,» porque, en efecto, este es el territorio de la tutela.

Pasemos ya al siguiente art. 246.

Conocidas nos son las excusas que justamente pueden alegarse, mas los motivos que las produjeron pueden cesar. En muchos casos las excusas revisten un carácter transitorio. Los cargos públicos que por razón de su preeminencia gozan de este privilegio son asaz temporales. Por esto, una vez extinguida la causa de la exención, debe cesar el efecto, ó sea la exención misma, y consiguientemente deben ser compelidos los excusados al ejercicio de la tutela á instancia de los gravados injustamente, ó sea del tutor y protutor, como dice el Código muy oportunamente. Precepto es este sumamente claro y sencillo, que no ha de producir duda ninguna en la práctica.

Huelga, por lo tanto, detenerse un punto más en su glosa.

ART. 247. No será admisible la excusa que no hubiese sido alegada ante el consejo de familia en la reunión dedicada á constituir la tutela.

Si el tutor no hubiere concurrido á la reunión del consejo, ni tenido antes noticia de su nombramiento, deberá alegar la excusa dentro de los diez días siguientes al en que éste le hubiese sido notificado.

Concordancias.—Análogo al art. 213 del proyecto de Código de 1851, é igual al 213 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 6.ª, *tit. XVII, ley* 4.ª—El que se quiere escusar que non sea guardador de huerfanos, deue mostrar delante del Juez la escusacion que ouiesse, fasta cinquenta dias; e deuense començar a contar, desde el dia que

el supo primeramente, que era dado por guardador. E esto se entiende, si es en el lugar aquel que es dado por guardador, o si es en otro lugar non sea mas lueñe de cient millas. Ca, si mas lueñe fuesse, deue auer estonce por cada veynte millas vn dia, e treynta dias demas, a que venga mostrar su escusacion. E el Juez, ante quien ouiere a ser mostrada tal escusa, deue fazer, que desde el dia que se començaron á contar los dias sobredichos, fasta cumplimiento de quatro meses, sea librado el pleyto, si deue valer, o non, la escusacion. E si aquel que es dado por guardador, mostrare escusa derecha, e non gela quiere caber el Judgador ante quien la mostrare, si se sintiere agrauiado de la sentencia que diere, puedese alçar della.

ART. 248. Si las causas de exención fueren posteriores á la aceptación de la tutela, el término para alegarlas empezará á contarse desde el día en que el tutor hubiese tenido conocimiento de ellas.

Concordancias.—Análogo al art. 214 del proyecto de Código de 1851 é igual al 214 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 249. Las resoluciones en que el consejo de familia desestime las excusas podrán ser impugnadas ante los Tribunales en el término de quince días.

El acuerdo del consejo de familia será sostenido por éste á expensas del menor; pero, si fuere confirmado, deberá condenarse en costas al que hubiese promovido la contienda.

Concordancias.—Análogo al art. 215 del proyecto de Código de 1851 é igual al 215 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 250. Durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituído responsable de la gestión del sustituto si fuere desechada la excusa.

Concordancias.—Igual al art. 216 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 247, 248, 249 Y 250.—Los cuatro artículos convergen al mismo objeto; porque constituyen el derecho adjetivo aplicable á las causas de excusa. Con efecto, determinan el tiempo hábil para proponerlas, ya la causa sea anterior ó posterior, bien el tutor ó protutor hubiese tenido noticias de su nombramiento antes de la reunión del consejo dedicada á constituir la tutela, bien después. Establecen asimismo el recurso que cabe contra las resoluciones del consejo que desestime las excusas, y proveyendo á la constante necesidad del menor ó incapacitado, que no puede admitir demoras ni ceñirse á los caprichos de un tutor, preceptúa el 250 que durante el juicio de excusa el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo.

Fijémonos ahora un momento en cada uno de los cuatro artículos que constituyen la materia del actual comentario.

Cuando en los comienzos del capítulo definimos la excusa, dijimos que era la causa legítima, *que alegada en tiempo y debidamente justificada,* produce la exención de la tutela y protutela.

La aceptación de la tutela y protutela hay que presumirla cuando transcurre cierto tiempo sin ejercitar el derecho de excusa, porque la pasividad implica el consentimiento del acuerdo tomado por el consejo familiar, ó por el padre ó la madre en su testamento, ó por la ley en virtud de designación.

Siempre ha sido el mismo, respecto de este punto, el criterio de los legisladores. El precedente que va inserto de nuestras leyes de Partida, no es más que un fiel trasunto de las disposiciones del Derecho romano. Tanto uno como otro Derecho, marca-

ron con minuciosidad el término dentro del cual había de hacerse valer la excusa ante el Magistrado.

La distancia de las 100 millas (33 leguas); el término de cincuenta días y uno más por cada veinte millas, aparte de los treinta que se concedían en calidad de sobretérmino; las opiniones y disputas de los Jurisconsultos romanos y las de los glosadores de nuestro Código alfonsino, sobre si los plazos habían de exceder ó no de los cincuenta días, y éstos eran útiles ó naturales, toda esta materia jurídica ha perdido su importancia á contar de la promulgación del nuevo Código, quedando reducida á uno de tantos legajos del archivo de la erudición.

El art. 247 establece un término fatal é improrrogable: el de la reunión dedicada á constituir la tutela si el tutor concurriere á asamblea familiar. La razón de este precepto es obvia. Una vez formado el consejo de familia, ostenta interinamente la representación del menor ó incapacitado y tiene facultades para tomar medidas adecuadas, tanto al cuidado de las personas como á la seguridad de los bienes del necesitado de auxilio por su incapacidad, natural ó legal. Ahora bien: por virtud de las facultades dichas que le concede el art. 301, facultades que miradas por el reverso revisten el aspecto de deberes, el consejo de familia está en la obligación de proceder inmediatamente á constituir la tutela, y para ello la primera diligencia que tiene que practicar es la formal citación del tutor nombrado por testamento, ó del llamado por la ley, ó del elegido por el consejo en uso de las atribuciones que le confiere el art. 231 del Código.

Hecha la citación para día determinado, bien por acta notarial, y esto es lo más recomendable, ó por documento privado, puede ocurrir uno de dos casos, á saber: que el tutor nombrado asista á la reunión del consejo ó que deje de asistir.

En el primero, debe alegar la excusa en la junta; de otra suerte, si estando presente no se opone á su designación, la ratifica con su presencia y con el consentimiento tácito que envuelve su silencio. Mas si no asiste, el Código, adoptando un prudente temperamento, le otorga diez días, á contar desde aquel en que le hubiere sido notificado el nombramiento.

No expresa el Código desde qué fecha deben contarse los días cuando el tutor haya sido nombrado testamentariamente, mas como quiera que en este caso le incumbe al tutor promover la

formación del consejo de familia dando aviso al Juzgado municipal del fallecimiento del testador, es llano deducir que el plazo para alegar la excusa comenzará á correr desde el día siguiente al de la citación para constituir el consejo, ó en todo caso, del inmediato al de la constitución.

El tutor testamentario debe seguir cauteloso y vigilante los trámites concurrentes á la formación del consejo, toda vez que su nombramiento arranca de la disposición testamentaria del padre ó madre del pupilo ó incapacitado. Así como cuando se trata de un tutor dativo el plazo para la alegación de la excusa no puede correr sino desde que su nombramiento se le comunique, así, tratándose de un tutor testamentario, hay que descartar por innecesaria toda notificación, y comenzar á contar el término desde que el consejo quede constituído.

También puede ocurrir que, habiendo tenido el tutor noticia de su nombramiento, residiere en lugar separado y no pudiere alegar la excusa dentro del plazo que determina el art. 247. A pesar de que el referido plazo es de los que se conocen con el nombre de fatales é improrrogables, no creemos que se cumpla con excesivo rigor, porque no es la tutela de los cargos que deben imponerse con violencia; que al cabo no redundaría en provecho del menor una tutela forzada por la dureza de la ley con olvido de las justas causas alegadas. Bien pudiera aceptarse la prórroga de un día por cada 30 kilómetros, á tenor de lo que para otros casos preceptúa la ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque la excusa supone, como se deriva de su nombre, anterioridad al desempeño del cargo, el art 248 admite que si las excusas de exención fueren posteriores á la aceptación de la tutela, correrá el término para alegarlas desde el día en que el tutor tuviere conocimiento de ellas. No se dice cuál habrá de ser el término, pero cabe suponer, dada la relación que guardan entre sí los artículos que estamos tratando, que el mismo establecido para el caso de que la excusa sea anterior, ó sea el de diez días.

Materia es esta donde han venido presentándose opuestas tendencias. Al paso que algunos jurisconsultos opinan que las excusas sólo pueden alegarse antes de la aceptación del cargo, mantienen otros el criterio opuesto. Para ello, los primeros distinguen entre excusa y renuncia, y observan la diferencia de sentido de ambas palabras.

Excusa denota la acción ó efecto de alegar una causa legítima para eximirnos de cualquiera carga ú obligación. Renuncia es la dejación, el abandono del derecho ó cosa que nos pertenece ó puede pertenecernos. Como consecuencia de la distinción, dicen: la tutela, ¿es un derecho ó una obligación? La tutela es una carga, y como tal, irrenunciable. Dejando aparte la extremada laxitud de los unos y las exageraciones de los otros, opinamos que la disposición terminante del art. 248 ha de aplicarse con toda equidad para evitar graves perjuicios al menor.

El consejo de familia es el competente para admitir ó desechar las excusas tempestivamente propuestas por los tutores y protutores. Esto es inconcuso. Mas ¿á qué procedimiento habrá de someterse? La vacuidad de los artículos del Código que tratan de la alegación de las causas de excusa y de su fallo favorable ó adverso por el consejo de familia, y la circunstancia de enunciarse como por accidente, envuelta entre sombras y vaguedades, la tramitación que ha de seguirse para resolverlas, han dado margen á opiniones contrarias, y es que allí donde el criterio de cada cual reina como en campo libre, inmediatamente se producen desavenencias de apreciación que fluyen del distinto punto de mira desde el cual se contempla y estudia la cuestión. Unos la ven por el objetivo de los antecedentes histórico-jurídicos, otros por el de una rigorosa interpretación gramatical, otros, finalmente, ahondando más, tratan de reconstituir el raciocinio del legislador, investigando los motivos que determinaron su pensamiento y movieron su pluma. De los tres procedimientos, el último es seguramente el más noble, pero es también el más peligroso.

La ausencia de un reglamento del consejo de familia ó de una reforma en la ley de Enjuiciamiento civil que llene las lagunas dejadas por el Código con la introducción de las novísimas instituciones, se echa de ver, más que nunca, en lo concerniente á la materia de excusas, porque al precepto de que la excusa ha de estimarse ó desestimarse mediante la forma de juicio, corresponde un conjunto de disposiciones adjetivas que determine los trámites al final de los cuales ha de recaer el acuerdo apelable ante el Juzgado de primera instancia competente. Aquí está el vacío; faltan esas disposiciones y en su lugar impera el criterio individual, que, como antes decíamos, échase á vagar desahogada-

mente, apreciando la cuestión según el objetivo por el que la contemple. De ahí la diversidad de opiniones. Unos sostienen que el consejo de familia debe dictar su acuerdo, previos los sencillos trámites de una información, y que el juicio de excusa debe sustanciarse ante el Juzgado de primera instancia por el procedimiento del juicio civil ordinario. Otros reducen la parte formal de la tramitación de la excusa, pura y simplemente al acta, y la alzada del acuerdo, á los sencillísimos trámites de una apelación de juicio verbal. Nosotros creemos interpretar rectamente el Código civil, y en nuestra opinión nos sigue el docto escritor señor Manresa, al conceptuar que la estimación ó desestimación de la causa de excusa propuesta ha de obtenerse mediante la forma de juicio. Concurren en abono de esta tesis, no sólo los conceptos jurídicos de que el Código se vale, sino las más sencillas reglas de la hermenéutica legal. Porque ¿qué quieren decir estas palabras?: «Las *resoluciones* en que el consejo de familia *desestime* las excusas, podrán ser *impugnadas* ante los Tribunales en el término de quince días. El acuerdo del consejo de familia será sostenido por éste á expensas del menor, pero si fuere *confirmado*, deberá condenarse en costas al que hubiere promovido la contienda.» «Durante el *juicio de excusa*, *el que la proponga* estará obligado á ejercer su cargo.»

Según nuestro entender, una sola cosa: que es necesario el juicio para estimar ó negar la excusa propuesta, porque no se desestima legalmente el uso legítimo de un derecho sin motivos fundados deducidos de una comprobación racional, y estos motivos y esta comprobación, junto con la audiencia del tutor al proponer la excusa, son de por sí motivos suficientes para constituir juicio, toda vez que el entendimiento se ejercita definiendo si un hecho probado ajusta, mejor dicho, tiene los caracteres de la identidad con aquel otro hecho que al ser recogido por el legislador adquirió la categoría de jurídico, constituyendo un artículo de ley. ¿Qué es esta función del pensamiento, sino un juicio perfecto, tan perfecto como el juicio civil ó el penal? Pero es que si el Código no hubiese prescrito la forma de juicio para este caso que estudiamos, se hubiera abstenido del empleo de las palabras con que el art. 250 comienza, ni le hubiera atribuído al consejo la facultad de nombrar sustituto al excusante si éste se negare á ejercer el cargo, puesto que si el juicio

de excusa hubiere de celebrarse ante el Juzgado, no teniendo entonces el consejo más que la cualidad de parte, no podría realizar tal sustitución, que recaería en exclusiva competencia del primero. He ahí ya los motivos que fundamentan nuestra tesis. Y volvemos á tropezar con la misma dificultad que antes. ¿Cuáles serán los trámites de dicho juicio? ¿Quién concordará tan divergentes pareceres como se sustentan? Sólo la sanción oficial es susceptible de realizar esta armonía. Mientras tanto, unos comentaristas se aproximarán más que otros al criterio que el legislador desenvuelva, pero, sin más valor las apreciaciones de los escritores que el profundo respeto que merece la opinión individual, quedará el problema en el aire, sin descifrarse el logogrifo, pendiente de que se publique la solución.

La ley de Enjuiciamiento civil, en los artículos 1.839 y 1.840, pero más principalmente en este último, trató del procedimiento para resolver la oposición del tutor á aceptar el cargo, y adoptó el trámite incidental para dirimir la contienda, dando intervención al Ministerio fiscal como parte que, por razón de sus funciones, representa el interés social y consiguientemente el de un menor ó incapacitado, disponiendo lo mismo que nuestro vigente Código; es decir, que durante la sustanciación del juicio, quedara á cargo del tutor electo la custodia del menor y la administración de su caudal.

Reflexionando sobre estos precedentes legales, merecedores de atención y estudio, deducimos que siendo el incidente la forma de juicio que á su brevedad reúne las mayores garantías, ningún otro procedimiento más adecuado para decidir sobre la procedencia ó improcedencia de la causa de excusa propuesta. Mas ahora bien: tratándose de un juicio es preciso que el menor tenga su debida representación, pues que de otra suerte quedaría éste indefenso enfrente de las pretensiones del tutor, no pudiendo admitirse que sea el consejo de familia el que le represente en el juicio de excusa, porque entonces se daría el caso de un tribunal parte en la contienda. Al consejo le toca solo la nobilísima función de juzgar sin inclinarse, movido por la pasión ó el prejuicio, á uno ú otro lado, ni favorecer los intereses de algunas de las partes. ¿Cuál será la representación del menor? Antes, cuando el juicio de excusa se ventilaba ante los Tribunales por los trámites de los incidentes, el Ministerio fiscal lle-

vaba la representación del menor. Hoy, para obrar con lógica, debe ostentar dicha representación el protutor, que al cabo es el fiscal dentro del tribunal de la familia.

Expuestos estos antecedentes, vamos á presentar numerados para mayor claridad, los trámites que, según nuestro criterio, deben seguirse en el juicio de excusa.

1.° Si el tutor electo se opusiere á la aceptación del cargo en tiempo habil, proponiendo en forma causa legítima de excusa, se dará traslado de la oposición al protutor por término de seis días para que exponga lo que estime conveniente á los derechos del menor.

2.° Evacuado el traslado, si el protutor se opusiere á la estimación de la excusa, se recibirá á prueba el expediente por un término que no baje de diez días ni exceda de veinte improrrogables.

3.° Durante dicho término se efectuarán cuantas diligencias se consideren necesarias y hubiesen sido debidamente propuestas por los interesados para la comprobación de la excusa alegada.

4.° Cuando alguna de las partes lo solicite, el consejo de familia oirá á los interesados si se presentasen.

5.° Una vez efectuadas las anteriores diligencias, el consejo de familia dictará su acuerdo, empleando la fórmula ordinaria del acta, en la que hará relación sucinta del contenido del expediente.

6.° Si el protutor desde luego se allanase á la petición del tutor y el consejo estimase que por la notoriedad de la causa propuesta ó por haberse acompañado los documentos justificativos no se necesita realizar más prueba, dictará el acta sin más trámite. Si por el contrario, á pesar del allanamiento del protutor, considerase necesaria mayor justificación, recibirá á prueba el expediente, continuando posteriormente su tramitación según las reglas de los números 4.° y 5.°

Si en nuestra mano estuviera dictar los artículos del Reglamento que se impone de un modo necesario, introduciríamos algunas reformas que, sin alterar la sustancia de la tramitación incidental, abreviarían tiempo; por ejemplo, el traslado al protutor lo reduciríamos á tres días; el término de prueba á diez, sólo prorrogables por causa justificada de fuerza mayor, y per-

feccionando el trabajo, dispondríamos que cuando la excusa fuese alegada por el protutor, el consejo eligiese un defensor al solo efecto de la representación del menor ó incapaz durante el curso del expediente de excusa.

He aquí expuesto con toda llaneza y sinceridad nuestro criterio.

De esta suerte se cumplirá estrictamente el Código y se celebrará ese juicio de excusa de que habla el art. 250 y del que debe conocer por propia competencia el consejo de familia, toda vez que es el único que al tenor del art. 249, puede dictar resoluciones desechando la excusa.

El art. 249 concede el derecho de impugnar ante los Tribunales, en el término de quince días, á contar del siguiente al de la notificación del acuerdo recaído, las resoluciones en que el consejo de familia desestime las excusas.

Tropezamos á seguida con una nueva duda que se resuelve en la siguiente pregunta: ¿Qué procedimiento se adoptará para tramitar la alzada interpuesta contra la decisión del consejo de familia? Porque es de observar que este último pasa en la alzada de la categoría de tribunal á la de parte que ha de sostener su acuerdo. Aquí el criterio que expongamos no puede revestir los caracteres de firmeza, porque sobre el particular nada se ha legislado. Si conceptuamos que se trata de una apelación que se ha de sustanciar ante el Juez de primera instancia, sus trámites tienen estas apelaciones en la ley de Enjuiciamiento que ya hemos citado en otro lugar de este tomo, y no hemos de repetir ahora. Si se considera que se trata una nueva cuestión surgida, los trámites de los incidentes. Tal es nuestra opinión. Aquí, como en otras ocasiones, lamentamos la tardanza de una reforma de la ley de Enjuiciamiento civil que venga á borrar las discordancias que hoy se notan, y á llenar los vacíos, tales como el que acabamos de mencionar.

Como quiera que los acuerdos han de ser sostenidos por quien los dicta, al consejo le incumbe sostener los suyos ante el Tribunal de alzada, y como ha de suponerse que las decisiones del consejo se inspiran en el mayor provecho y beneficio de los intereses del menor, es muy justo que los gastos que se ocasionen en la sustanciación del incidente promovido sean á expensas del último. Mas si lo resuelto por el consejo de familia fuese con-

firmado en todas sus partes ó se apercibiese temeridad en el promovedor de la contienda judicial, dispone el Código, siguiendo los más elementales principios del Derecho, que sea condenado en costas.

Durante el juicio de excusa, dice el art. 250, el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo. Creemos que no sólo durante el juicio de excusa, sino también durante la sustanciación de la alzada. Consiguientemente, el tutor estará obligado á desempeñar la tutela hasta el instante mismo que sea firme la resolución del consejo de familia.

El segundo párrafo del artículo que examinamos es digno de alabanza por su energía y concisión. A nadie puede obligarse á que ejecute un acto que depende de su albedrío, porque no hay fuerza humana capaz de vencer una determinación de la voluntad. A nadie, pues, se le puede obligar á que desempeñe un cargo que rehusa. Cabe emplear medios punitivos que en el temor del castigo envuelvan la coacción, y esto hace el Código. Negándose el tutor á cumplir con las obligaciones impuestas por la ley, el consejo de familia nombrará un tutor sustituto, al efecto de evitar que el menor quede sin representación, mas el sustituído será responsable de la gestión del sustituto si la excusa fuere desechada. Ahora bien: si el tutor electo rehusase el desempeño del cargo, alegando causa legítima de excusa, y el consejo de familia no cumpliese con lo dispuesto por el artículo que tratamos, ¿le alcanzará la responsabilidad de los daños y perjuicios que sobrevinieren? Indudablemente. Serán responsables el tutor y los vocales del consejo, de tal suerte que si el primero fuese insolvente, responderán los vocales del daño y perjuicio que por su negligencia sufrieren los bienes del menor ó del incapacitado.

Así lo dispone oportunamente el art. 312.

ART. 251. El tutor testamentario que se excuse de la tutela, perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

Concordancias.—Igual al art. 217 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 6.ª, *tit. XVI, ley* 12.—...E si estos atales (los parientes del menor) non piden guardador á tal moço, como sobredicho es, pierden por ende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huerfano si muriesse sin testamento...

COMENTARIO.—No ha de ser mirada la tutela como medio para la satisfacción de un fin interesado y egoísta; es oficio de cariño y gran piedad, usando las mismas palabras de nuestras antiguas leyes. Mas no es ni puede ser óbice á que el padre, la madre ó cualesquiera de las personas que tienen derecho á nombrar tutor por testamento, deje al nombrado en prueba de cariño y como compensación de la carga de la tutela, bien un legado específico, bien una porción del caudal hereditario. Dispone el art. 251 que el tutor testamentario que se excuse de la tutela perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

Obedece este precepto á la consideración de que el legado en este caso es condicional, puesto que se otorga como adelantada recompensa, como premio del mérito contraído en el desempeño de la tutela con el cariñoso celo y esmerada solicitud de un buen padre de familia.

Esta es la presunta condición que el legislador ha tenido en cuenta.

Cuando el crédito se trueca en demérito; cuando no cabe otorgar la recompensa, porque no se ha llenado el servicio; cuando, en una palabra, la condición no se cumple, el legado no puede adquirir eficacia.

He aquí la razón del artículo.

La ley que como un dato consignamos en los precedentes, trata de un caso que guarda alguna analogía, pero que se diferencia, por cuanto la ley de Partidas se ocupó de la sucesión intestada, incapacitando al pariente que no pidiese guardador al mozo para sucederle, y el art. 251, lejos de referirse á la tutela legítima y á la sucesión abintestato, menciona expresamente la tutela testamentaria y se refiere, como no podía ser menos, á la porción que se hubiere dejado al tutor en testamento.

No necesita el artículo interpretación, porque su redacción es sobria y clara. No obstante, para su mayor inteligencia, expondremos los requisitos que el Código exige para que surta sus

efectos: 1.°, que el tutor sea testamentario; 2.°, que se excuse de la tutela; 3.°, que la persona que le haya nombrado tutor le conceda el legado ú otra porción hereditaria en contemplación al cargo para el que le designó.

Con respecto al primer requisito, es digno de ser notado que el Código no menciona al protutor. ¿Será este silencio producto del olvido del legislador? Creemos que no. El protutor figura en la tutela propiamente dicha con carácter secundario, á semejanza de aquellos tutores honorarios de Roma que no ejercían actos de gestión porque en la integridad de sus funciones y generalidad de los casos eran exclusivamente inspectores del que administraba *quasi observatores actus ejus et custodes*.

Basta esta ligera observación para convencerse de que el Código los ha excluído deliberadamente de la disposición que examinamos.

Nada hay que decir respecto al segundo y tercer requisito.

Dejando yá á un lado cuestiones de precedente legal, digamos que el artículo es merecedor del elogio por el espíritu que le anima en beneficio del menor.

APÉNDICES

1.° (Art. 223.)

De los juicios en rebeldía.—*Ley de Enjuiciamiento civil, título IV.*—Art. 762. Desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía, además de practicarse lo que ordena el art. 281, se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retención de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio.

Art. 763. La retención se hará en poder de la persona que tenga á su disposición ó bajo su custodia los bienes muebles en que haya de consistir, ya sea el mismo demandado, ó ya un tercero, si por su arraigo ofreciere garantías suficientes, á juicio del Juez, para responder de ellos.

Si no las ofreciese, y exigidas no las prestare, se constituirán los muebles en depósito, entendiéndose de cuenta y riesgo del litigante rebelde.

Art. 764. El embargo de los inmuebles se hará expidiendo mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad á que corresponda, para que ponga anotación preventiva sobre los bienes, con prohibición absoluta de venderlos, gravarlos ni obligarlos.

Uno de los ejemplares, después de cumplimentado, se unirá á los autos para que surta en ellos los efectos oportunos.

Art. 765. La retencion ó embargo practicados á consecuencia de la declaración en rebeldía, continuarán hasta la conclusión del juicio.

Art. 766. Cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso.

Art. 767. Si compareciere después del término de prueba en primera instancia, ó durante la segunda, se recibirán en ésta precisamente los autos á prueba, si lo pidiere y fueren de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito.

Art. 768. Podrá también pedir que se alce la retención ó el embargo de sus bienes, alegando y justificando cumplidamente no haber podido comparecer en el juicio por fuerza mayor insuperable.

La solicitud que con este objeto presente, se sustanciará como incidente en pieza separada, sin que se suspenda el curso de la demanda principal.

Art. 769. La sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía, será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso, se hará la notificación en la forma prevenida en los artículos 282 y 283.

En los edictos se insertará solamente el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, con la firma del Juez que la hubiere dictado, y se publicarán en el *Boletín Oficial* de la provincia y en el *Diario Oficial de Avisos*, si lo hubiere en el lugar del juicio.

También se publicarán dichos edictos en la *Gaceta de Madrid* cuando las circunstancias del caso lo exigieren, á juicio del Juez.

Art. 770. Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable á la notificación, y publicación en su caso por edictos, de la sentencia definitiva que se pronuncie en la segunda instancia.

Art 771. El litigante rebelde á quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el de casación cuando proceda, si los interpone dentro del término legal.

Art. 772. Los mismos recursos podrán utilizar los litigantes declarados en rebeldía, á quienes no haya sido notificada personalmente la sentencia.

En este caso, el término legal para interponerlos se contará

desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Art. 773. A los demandados que hubieren permanecido constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos de los dos artículos que preceden, podrá concederse audiencia contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, para obtener su rescisión y un nuevo fallo, en los casos concretos que se determinan en los artículos siguientes.

Art. 774. No será oído contra la sentencia firme el demandado emplazado en su persona que por no haberse presentado en el juicio haya sido declarado en rebeldía.

Exceptúase el caso en que acreditare cumplidamente que en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida.

Art. 775. Para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado aquélla y ofrecido la justificación de la fuerza mayor dentro de cuatro meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Art. 776. Se prestará audiencia contra la sentencia dictada en rebeldía al demandado que hubiere sido emplazado por cédula entregada á sus parientes, familiares, criados ó vecinos, si concurrieren las dos circunstancias siguientes:

1.ª Que la pida precisamente dentro de ocho meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

2.ª Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada.

Art. 777. El demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por edictos, será oído contra la sentencia firme, cuando concurran todas las circunstancias siguientes:

1.ª Que lo solicite dentro de un año, contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el *Boletín Oficial* de la provincia.

2.ª Que acredite haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fué emplazado para él hasta la publicación de la sentencia.

3.ª Que acredite asimismo que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo.

Art. 778. En todos estos casos, la pretensión que deduzca el litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme, se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, y con audiencia de los demás interesados que hayan sido parte en el pleito.

Art. 779. A la Audiencia que haya dictado la ejecutoria, ó á cuyo distrito pertenezca el Juzgado de primera instancia cuya sentencia haya quedado firme, corresponde el conocimiento de estos incidentes.

Contra la sentencia que los resuelva declarando haber ó no lugar á que se oiga al litigante condenado en rebeldía, no se dará otro recurso que el de casación.

Art. 780. En los casos en que el Tribunal Supremo hubiere dictado la sentencia, corresponderá al mismo declarar, sin ulterior recurso, si procede ó no oir al litigante condenado en rebeldía.

Art. 781. Cuando se declare no haber lugar á la audiencia solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán á éste todas las costas del incidente, y quedará firme definitivamente la sentencia recaída en el pleito, la que se llevará á efecto, comunicándose para ello las órdenes correspondientes.

Art. 782. Cuando se declare haber lugar á dicha audiencia, se remitirá certificación de esta sentencia para su cumplimiento al Juez de primera instancia que hubiese conocido del pleito, devolviéndole los autos, si obrasen en el Tribunal Superior.

También en este caso se impondrán las costas del incidente al que lo haya promovido, si no se hubiese opuesto el litigante contrario, ó si el Tribunal estima que no ha sido temeraria la oposición.

Art. 783. La sustanciación de la audiencia concedida contra las sentencias dictadas en rebeldía se acomodará á las reglas siguientes:

1.ª Se entregarán los autos por ocho días al litigante á quien se haya concedido la audiencia, para que exponga y pida lo que á su derecho conduzca, en la forma prevenida para la contestación de la demanda.

2.ª De lo que expusiere se conferirá traslado por otros ocho días al que haya obtenido la ejecutoria, entregándole las copias del escrito y documentos.

3.ª Si por los dos litigantes, ó cualquiera de ellos, se hubiere pedido el recibimiento á prueba, y la cuestión objeto del pleito versare sobre hechos, se accederá á él, otorgando para proponerla y practicarla la mitad de los términos que se fijan en el artículo 553, sin perjuicio de conceder también el término extraordinario cuando se pida y sea procedente.

4.ª En adelante se acomodará la sustanciación á las reglas establecidas para la primera instancia del juicio declarativo que corresponda, con los recursos de apelación y de casación cuando procedan.

Art. 784. Si durante estas actuaciones volviera á constituirse en rebeldía el litigante á quien se haya concedido la audiencia, se sobreseerá en ellas y quedará firme la sentencia que puso término al pleito seguido en rebeldía, sin que sea permitido después ningún otro recurso contra la misma.

Art. 785. Contra las sentencias firmes recaídas en los juicios verbales, de que conocen los Jueces municipales en primera instancia, también se prestará audiencia al demandado condenado en rebeldía, si concurren todas las circunstancias siguientes:

1.ª Que la citación para la comparecencia al juicio verbal le haya sido hecha por edictos ó por cédula entregada á sus parientes, familiares, criados ó vecinos.

2.ª Que solicite la audiencia dentro de tres meses, á contar desde la notificación en estrados de la sentencia que haya causado ejecutoria.

3.ª Que acredite cumplidamente no haberle sido entregada la cédula de citación por haberlo impedido una causa no imputable al mismo, ó que cuando se publicaron los edictos se hallaba ausente del pueblo sin haber regresado á él durante la sustanciación del juicio.

Art. 786. En el caso del artículo anterior, el Juez de primera instancia, á cuyo partido corresponda el juzgado municipal, conocerá del incidente por los trámites establecidos para los juicios verbales, y decidirá, sin ulterior recurso, si procede ó no que sea oído el litigante condenado en rebeldía, comunicándolo al Juez municipal para su cumplimiento.

Art. 787. Las sentencias firmes, dictadas en rebeldía del demandado podrán ser ejecutadas, salvo el derecho de éste para promover contra ellas el recurso de rescisión ó audiencia, expresado en los artículos anteriores.

El que haya obtenido la sentencia no podrá, sin embargo, disponer libremente de las cosas de que se le haya dado posesión hasta haber transcurrido los términos antes señalados para oir al litigante condenado por ella.

Cuando el litigio hubiere tenido por objeto dinero ó cosa fungible, se depositará en debida forma si el actor no presta fianza bastante á satisfacción del Juez para responder de ello, en el caso de que, oído el litigante rebelde, se le mandase devolver.

En todo caso, el que haya obtenido la sentencia en rebeldía de su contrario, podrá pedir la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad.

Art. 788. Transcurridos los términos señalados sin que el litigante rebelde haya pretendido audiencia contra la sentencia firme, se alzará la prohibición impuesta á la parte contraria para disponer de la cosa litigiosa, ó se mandará en su caso entregarle la cosa depositada ó cancelar la fianza, si la hubiere constituído.

Art. 789. No podrá concederse audiencia á los litigantes condenados en rebeldía contra las sentencias firmes recaídas en los juicios ejecutivos, en los posesorios, ni en ningún otro después del cual pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto.

2.° (Art. 225.)

De la enajenación de bienes de menores é incapacitados y transacción acerca de sus derechos.—*Ley de Enjuiciamiento civil, tít. XI.*—Art. 2.011. Será necesaria licencia judicial para enajenar ó gravar los bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes:

1.° Inmuebles.

2.° Efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos.

3.° Derechos de todas clases.

4.° Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo.

Art. 2.012. Para decretar la venta será necesario:

1.° Que la pida el padre, ó en su caso la madre del hijo no emancipado. Si éste fuere mayor de doce y catorce años respectivamente según su sexo, firmará también la petición.

2.° Que á falta de padre, lo pida el tutor del menor, el curador del incapacitado ó el menor asistido de su curador.

3.° Que se exprese el motivo de la enajenación y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

4.° Que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenación.

5.° Que se oiga sobre ello al Promotor fiscal.

Art. 2.013. Cuando la justificación á que se refiere el núm. 4.° del artículo anterior haya de hacerse por medio de testigos, deberán ser tres, por lo menos, dando fe el actuario de conocerlos. Si no los conociere exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento.

Esta justificación se practicará con citación del Promotor fiscal.

Art. 2.014. Hecha la justificación y evacuada la audiencia del Promotor fiscal, el Juez, sin más trámites, dictará auto otorgando ó negando la autorización para la venta.

Este auto será apelable en ambos efectos.

Art. 2.015. La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de bienes comprendidos en alguno de los números 1.°, 3.° ó 4.° del art. 2.011.

Exceptúanse de esta regla las ventas hechas por el padre ó por la madre con patria potestad. Éstos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Promotor fiscal y de las personas designadas en el art. 205 de la ley Hipotecaria.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS
DEL CÓDIGO CIVIL
QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO IX

DE LA TUTELA

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Art. 199. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Art. 200. Están sujetos á tutela:

1.° Los menores de edad no emancipados legalmente.

2.° Los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.

3.° Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.

4.° Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Art. 201. La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Art. 202. Los cargos de tutor y protutor no son renunciables sino en virtud de causa legítima debidamente justificada.

Art. 203. Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas á tutela proveerán al cuidado de éstas y de

sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan á los menores ó incapacitados.

Art. 204. La tutela se defiere:

1.° Por testamento.

2.° Por la ley.

3.° Por el consejo de familia.

Art. 205. El tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas.

CAPÍTULO II

De la tutela testamentaria.

Art. 206. El padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó ya alguno de los ilegítimos á quienes, según el art. 139, está obligado á alimentar.

Igual facultad corresponde á la madre; pero, si hubieren contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciere para los hijos de su primer matrimonio no surtirá efecto sin la aprobación del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona á quien se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra.

Art. 207. También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado.

Art. 208. Tanto el padre como la madre pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos, y hacer diversos nombramientos á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados.

En caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos, y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.

Art. 209. Si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo:

1.° Al elegido por el padre ó la madre.

2.° Al nombrado por el extraño que hubiese instituído heredero al menor ó incapaz, si fuere de importancia la cuantía de la herencia.

3.° Al que eligiere el que deje manda de importancia.

Si hubiere más de un tutor en cualquiera de los casos 2.° y 3.° de este artículo, el consejo de familia declarará quién debe ser preferido.

Art. 210. Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Si el tutor que nuevamente apareciere fuese el nombrado por un extraño comprendido en los números 2.° y 3.° del artículo anterior, se limitará á administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vaque la tutela en ejercicio.

CAPÍTULO III

De la tutela legítima.

SECCIÓN PRIMERA

De la tutela de los menores.

Art. 211. La tutela legítima de los menores no emancipados corresponde únicamente:

1.° Al abuelo paterno.

2.° Al abuelo materno.

3.° A las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas.

4.° Al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, á falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

Art. 212. Los Jefes de las Casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará á cargo del Ministerio fiscal.

SECCIÓN SEGUNDA

De la tutela de los locos y sordomudos.

Art. 213. No se puede nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.

Art. 214. Pueden solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho á sucederle abintestato.

Art. 215. El Ministerio público deberá pedirla:

1.° Cuando se trate de dementes furiosos.

2.° Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, ó cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.

3.° Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores ó carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos estos casos los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera ó no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio público.

Art. 216. Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

Art. 217. Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar á los Tribunales como miembros del consejo de familia; pero tienen derecho á ser oídos por éste cuando lo soliciten.

Art. 218. La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad de aquéllos.

Art. 219. Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia.

Art. 220. La tutela de los locos y sordomudos corresponde:

1.° Al cónyuge no separado legalmente.

2.° Al padre, y en su caso, á la madre.

3.° A los hijos.

4.° A los abuelos.

5.° A los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el número 4.° del art. 211.

Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones; y en el caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.

SECCIÓN TERCERA

De la tutela de los pródigos.

Art. 221. La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.

La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

Art. 222. Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal, por sí ó á instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores ó estén incapacitados.

Art. 223. Cuando el demandado no compareciere en juicio le representará el Ministerio fiscal, y, si éste fuera parte, un defensor nombrado por el Juez, sin perjuicio de lo que determine la ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía.

Art. 224. La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

Art. 225. El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

La mujer administrará los dotales y parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.

Art. 226. Los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad.

Art. 227. La tutela de los pródigos corresponde:

1.° Al padre, y en su caso, á la madre.

2.° A los abuelos paterno y materno.

3.° Al mayor de los hijos varones emancipados.

SECCIÓN CUARTA

De la tutela de los que sufren interdicción.

Art. 228. Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos abintestato del penado.

Art. 229. Esta tutela se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado.

El tutor del penado está obligado además á cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor.

La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

Si fuere menor, obrará bajo la dirección de su padre, y en su caso, de su madre, y á falta de ambos, de su tutor.

Art. 230. La tutela de los que sufren interdicción se defiere por el orden establecido en el art. 220.

CAPÍTULO IV

De la tutela dativa.

Art. 231. No habiendo tutor testamentario ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.

Art. 232. El Juez municipal que descuidare la reunión del

consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios á que diere lugar su negligencia.

CAPÍTULO V

Del protutor.

Art. 233. Al consejo de familia corresponde nombrar protutor, cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores.

Art. 234. El tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor. El que dejare de reclamar este nombramiento, será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.

Art. 235. El nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor.

Art. 236. El protutor está obligado:

1.° A intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella.

2.° A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.

3.° A llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor.

4.° A promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante ó abandonada.

5.° A ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes.

El protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de estos deberes.

El protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas; pero no tiene derecho á votar.

CAPÍTULO VI

De las personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción.

Art. 237. No pueden ser tutores ni protutores:

1.° Los que están sujetos á tutela.

2.° Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.

3.° Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena.

4.° Los que hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior.

5.° Las personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida.

6.° Los quebrados y concursados no rehabilitados.

7.° Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente.

8.° Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil.

9.° Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, á ménos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.

10. Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre ó en su caso por la madre.

11. Los parientes mencionados en el párrafo segundo del artículo 293 y el tutor testamentario que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.

12. Los religiosos profesos.

13. Los extranjeros que no residan en España.

Art. 238. Serán removidos de la tutela:

1.° Los que, después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 del artículo precedente.

2.° Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento

de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, é inscrito la hipotecaria.

3.° Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, ó no lo hagan con fidelidad.

4.° Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

Art. 239. El consejo de familia no podrá declarar la incapacidad de los tutores y protutores, ni acordar su remoción, sin citarlos y oirlos si se presentaren.

Art. 240. Declarada la incapacidad, ó acordada la remoción por el consejo de familia, se entenderá consentido el acuerdo y se procederá á proveer la tutela vacante cuando el tutor no formule su reclamación ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se le haya comunicado la resolución.

Art. 241. Cuando el tutor promueva contienda judicial litigará el consejo á expensas del menor; pero podrán ser personalmente condenados en costas los vocales si hubiesen procedido con notoria malicia.

Art. 242. Cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptada por unanimidad, no se admitirá recurso alguno contra ella.

Art. 243. Si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá á los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento.

Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarare la incapacidad ó acordare la remoción del tutor, las determinaciones que adopté para proveer á los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial.

CAPÍTULO VII

De las excusas de la tutela y protutela.

Art. 244. Pueden excusarse de la tutela y protutela:

1.° Los Ministros de la Corona.

2.° Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.° Los Arzobispos y Obispos.

4.° Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.

5.° Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.

6.° Los militares en activo servicio.

7.° Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.° Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.

9.° Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

10. Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.

11. Los mayores de sesenta años.

12. Los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona.

Art. 245. Los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela si en el territorio del Tribunal que la defiere existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

Art. 246. Los excusados pueden, á petición del tutor ó protutor, ser compelidos á admitir la tutela luego que hubiese cesado la causa de la exención.

Art. 247 No será admisible la excusa que no hubiese sido alegada ante el consejo de familia en la reunión dedicada á constituir la tutela.

Si el tutor no hubiere concurrido á la reunión del consejo ni tenido antes noticia de su nombramiento, deberá alegar la excusa dentro de los diez días siguientes al en que éste le hubiese sido notificado.

Art. 248. Si las causas de exención fueren posteriores á la aceptación de la tutela, el término para alegarlas empezará á contarse desde el día en que el tutor hubiese tenido conocimiento de ellas.

Art. 249. Las resoluciones en que el consejo de familia desestime las excusas, podrán ser impugnadas ante los Tribunales en el término de quince días.

El acuerdo del consejo de familia será sostenido por éste á expensas del menor; pero si fuere confirmado, deberá condenarse en costas al que hubiese promovido la contienda.

Art. 250. Durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituído responsable de la gestión del sustituto si fuere desechada la excusa.

Art. 251. El tutor testamentario que se excuse de la tutela perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (t tulos IX, X, XI y XII del lib. I), y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros..... 5

LIBRO PRIMERO

Título IX.—De la tutela..... 89

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales 101

Art. 199, pág. 103 Art. 202, pág. 139 Art. 204, pág. 161
» 200, » 103 » 203, » 152 » 205, » 161
» 201, » 139

CAPÍTULO II

De la tutela testamentaria 174

Art. 206, pág. 176 Art. 208, pág. 178 Art. 210, pág. 193
» 207, » 177 » 209, » 193

CAPÍTULO III

De la tutela legítima..... 201

Sección primera.—De la tutela de los menores 207

Art. 211, pág. 207 Art. 212, pág. 209

Sección segunda.—De la tutela de los locos y sordomudos.. 219

Art. 213, pág. 220 Art. 216, pág. 225 Art. 219, pág. 226
» 214, » 220 » 217, » 225 » 220, » 232
» 215, » 220 » 218, » 226

Págs.

Sección tercera.—De la tutela de los pródigos 237
Art. 221, pág. 239 Art. 224, pág. 248 Art. 226, pág. 256
» 222, » 240 » 225, » 252 » 227, » 258
» 223, » 240

Sección cuarta.—De la tutela de los que sufren interdicción. 262
Art. 228, pág. 264 Art. 229, pág. 265 Art. 230, pág. 265

CAPÍTULO IV

De la tutela dativa 279
Art. 231, pág. 282 Art. 232, pág. 283

CAPÍTULO V

Del protutor 286
Art 233, pág. 295 Art. 235, pág. 296 Art. 236, pág. 301
» 234, » 295

CAPÍTULO VI

De las personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción 310
Art. 237, pág. 312 Art. 240, pág 333 Art. 242, pág. 338
» 238, » 329 » 241, » 338 » 243, » 342
» 239, » 333

CAPÍTULO VII

De las excusas de la tutela y protutela 345
Art 244, pág. 349 Art. 247, pág. 369 Art. 250, pág. 371
» 245, » 367 » 248, » 370 » 251, » 379
» 246, » 368 » 249, » 370

APÉNDICES

1.° Art. 223.—De los juicios en rebeldía.—Ley de Enjuiciamiento civil..... 383
2.° Art. 225.—De la enajenación de bienes de menores é incapacitados y transaccion acerca de sus derechos. Ley de Enjuiciamiento civil..... 388

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 391

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Actas de tutela. Código de Méjico	»	»	88
Idem del estado civil. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	33
Idem íd. íd. Código de Italia	»	»	48
Idem de emancipación. Idem de Méjico	»	»	88
Acto de constituirse el consejo de familia. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	24
Actos del pródigo con anterioridad á la demanda de interdicción	226	»	256
Administración de la tutela. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	27
Idem íd. Código de Guatemala	»	»	73
Idem íd. Idem de Méjico	»	»	84
Idem de los bienes de los hijos del pródigo	225	»	252
Idem íd. íd. Idem por la madre	225	»	252
Amencia	200	»	125
Arrendamiento y venta de los bienes de menores. Código de Portugal	»	»	66

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Atribuciones del consejo de familia. Código de Portugal....	»	»	62
Atribuciones del consejo de familia para la remoción de los tutores y protutores...	239 y 240	»	333
Autoridad marital y paterna del pródigo.....	224	»	248
C			
Capacidad del menor emancipado. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	30
Capaces é incapaces. Código de Guatemala.....	»	»	68
Casos en que tiene lugar la tutela legítima	212	»	214
Causas de dispensa de los cargos de tutor y protutor. Código de Italia..	»	»	36
Idem que excusan de la tutela. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	26
Cesación de la curaduría. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	14
Composición del consejo de familia. Código de Italia.....	»	»	41
Consejo de familia. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	7
Idem íd. Idem íd. de 1882.....	»	»	17
Idem íd. Código de Italia.....	»	»	40
Idem de tutela. Código de Portugal.....	»	»	63
Idem de familia. Su intervención en la tutela de los locos, dementes y sordomudos.	216	»	225
Consejero judicial. Códigos de Bélgica y Francia..	»	»	33
Convocación y composición del conse o de familia. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	24
Cuándo pueden ser condenados			

MATERIAS	Artículos.	Pén ticas.	Páginas.
en costas los vocales del consejo de familia	241	»	338
Idem deben admitir la tutela los eximidos	246	»	368
Idem no es admisible la excusa.	247	»	369
Cuentas de la tutela. Proyecto de Código de 1851	»	»	10
Cuentas de la tutela. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	29
Idem íd. Código de Portugal	»	»	60
Idem íd. Código de Guatemala	»	»	75
Idem íd. Código de Méjico	»	»	85
Curador. Proyecto de Código 1851	»	»	13
Idem. Código de Méjico	»	»	86
Curaduría. Proyecto de Código de 1851	»	»	12
Curadores de los huérfanos. Código de Portugal	»	»	64
Curatela. Proyecto de Código civil de Alemania	»	»	21
D			
Dación de cuentas de la tutela. Código de Italia	»	»	39
Declaración de incapacidad	218	»	226
Declaración de incapacidad. Proyecto de Código de 1851	»	»	12
Declaración de estado. Código de Méjico	»	»	79
Declaración de íd. de minoridad. Código íd	»	»	79
Idem de prodigalidad. Cómo debe hacerse	221	»	239
Demencia	200	»	124
Idem senil	200	»	127
Derecho de familia. Proyecto de Código civil de Alemania	»	»	21
Derechos y obligaciones del protutor. Código de Portugal	»	»	58
Idem íd. del tutor. Código de Portugal	»	»	59

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Deferimiento de la tutela.....	204	»	161
Diligencias y formalidades que preceden al ejercicio de la tutela. Código de Guatemala....	»	»	73
Dispensas. Código de Italia.....	»	»	41
Disposiciones generales sobre la tutela. Código de Guatemala..	»	»	75
Disposiciones generales de la tutela.....	»	»	101
Duración de la tutela de interdicción. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	32
E			
Efectos de la sentencia declaratoria de prodigalidad. Código de Portugal.....	»	»	56
Ejercicio de la tutela. Código de Italia.....	»	»	37
Emancipación. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	11
Idem. Código de Italia.....	»	»	43
Idem. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	29
Idem. Código de Portugal.....	»	»	67
Idem. Código de Guatemala....	»	»	69
Idem. Código de Méjico.....	»	»	87
Idem y mayor de edad. Proyecto de Código de 1882.....	»	»	19
Enajenación de bienes de menores é incapacitados	225	2.°	388
Estado de interdicción. Código de Méjico.....	»	»	81
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos IX, X, XI y XII del libro I) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.....	»	»	5
Excusas de la tutela. Código de Méjico.....	»	»	88

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Excusas de la tutela. Código de Guatemala..	»	»	72
Idem íd. y protutela.....	»	»	345
Idem íd. íd. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	8
Expósitos. Código de Italia.....	»	»	43
Extensión y efectos de esta curatela. Código de Portugal.....	»	»	57
Extensión del derecho de nombrar tutor por testamento	208	»	187
Extinción de la tutela. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	10
Idem íd. Código de Guatemala..	»	»	75
Idem íd. Código de Méjico.....	»	»	85
F			
Facultad de los padres para nombrar tutor á sus hijos menores.	206	»	176
Facultad del cónyuge, herederos forzosos y Ministerio fiscal en la prodigalidad.	222	»	240
Facultades que conserva el pródigo. Código de Portugal.....	»	»	56
Facultades que corresponden al consejo de familia.....	233	»	295
Fianza. Código de Italia.....	»	»	39
Forma de alegar las excusas. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	26
Formación del consejo de familia. Código de Portugal.....	»	»	61
G			
Garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo. Código de Méjico.....	»	»	84
Gastos de administración. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	28
Guardadores. Código de Guatemala.....	»	»	76

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
H			
Hijos ilegítimos. Código de Italia	»	»	42
Idem emancipados	208	»	185
Idem adoptivos	208	»	186
Idem desheredados	208	»	186
Idem póstumos	208	»	187
I			
Idiotas, imbéciles y sordomudos. Código de Portugal	»	»	80
Incapacidad, exclusión y destituciones de los tutores. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	27
Incapacidad, exclusión y remoción de los tutores. Código de Italia	»	»	36
Incapacidad de los sordomudos. Código de Portugal	»	»	55
Inhabilitación. Código de Italia.	»	»	46
Inscripción del nombramiento de tutor en el registro de tutelas.	205	»	161
Irrenunciabilidad de los cargos de tutor y protutor	202	»	149
Interdicción. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	31
Interdicción Código de Italia	»	»	45
Intervalos lúcidos	200	»	128
Inventario. Codigos de Bélgica y Francia	»	»	28
Inventario Código de Italia	»	»	37
Interdicción del demente. Codigo de Méjico	»	»	80
Interdictos	200	»	103
J			
Jueces municipales. Sus obligaciones respecto de las personas sujetas á tutela	203	»	152

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Jueces municipales. Su responsabilidad en la tutela dativa..	232	»	383
Juicio para la declaración de la incapacidad. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	12
Juicio en rebeldía	223	1.°	383
Idem de prodigalidad.....	223	»	240
L			
Libro de incapacitados. Resolución de la Dirección general de los Registros de 13 de Agosto de 1863.	230	»	265
Idem de 1.° de Junio de 1864, 16 de Diciembre de 1864, 8 de Junio de 1865.....	230	»	272
Limitación del tutor nombrado por un extraño.....	210	»	193
Locos ó dementes....	200	»	103
Locura.....	200	»	121
M			
Manía.....	200	»	124
Mayor edad. Proyecto de Código de 1851.	»	»	11
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	31
Idem íd. Código de Italia.....	»	»	45
Idem íd. Idem de Portugal.....	»	»	67
Idem íd. Idem de Méjico.....	»	»	87
Mayor y menor edad. Idem de Guatemala.....	»	»	68
Menor edad. Proyecto de Código civil de Alemania.....	»	»	21
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	22
Idem íd. Código de Italia.....	»	»	34
Menores de edad.....	200	»	103

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Ministerio público. Su intervención en la tutela de los locos, dementes y sordomudos.....	215	»	220
Monomanía.....	200	»	124
N			
Nombramiento de tutor cuando la madre hubiere contraído segundas nupcias.....	206	»	176
Nombramiento de tutor por la persona que deje herencia ó legado de importancia á un menor.....	207	»	177
Nombramiento de tutor por diferentes personas.....	209	»	193
O			
Objeto de la tutela.....	199	»	103
Obligaciones del Ministerio fiscal en la tutela de los sujetos á interdicción.....	228	»	264
Obligaciones del tutor.....	229	»	265
Idem del protutor.....	236	»	301
Idem del consejo de familia cuando el tutor esté incapacitado.....	243	»	342
Orden del llamamiento en la tutela legítima.....	212	»	216
P			
Partidas de nacimiento. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	15
Idem de reconocimiento y legitimacion de los hijos. Proyecto de íd.....	»	»	15
Idem de matrimonios. Proyecto de íd.....	»	»	15
Idem de defunción. Proyecto de ídem.....	»	»	16

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Patria potestad de la mujer del sujeto á interdicción.....	229	»	265
Pena que se impone al tutor testamentario que se excusa de la tutela...	251	»	379
Personas inhábiles para ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia. Proyecto de Código de 1851...	»	»	8
Personas que no pueden ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia. Código de Portugal..... ...	»	»	59
Personas que pueden excusarse de ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia. Código de Portugal.....	»	»	59
Personas inhábiles para la tutela y de las que deben ser separadas de ella. Código de Méjico.....	»	»	83
Personas sujetas á tutela.....	200	»	103
Personas que intervienen en el ejercicio de la tutela.....	201	»	139
Personas á quienes corresponde la tutela legítima.	211	»	207
Personas á quienes corresponde la tutela de los locos, dementes y sordomudos..... ...	220	»	232
Personas á quienes corresponde la tutela de los pródigos.....	227	»	258
Personas inhábiles para ser tutores y protutores..	»	»	310
Personas á quienes por su incapacidad se los puede nombrar testamentariamente tutor y protutor.....	208	»	184
Privación de la capacidad. Proyecto de Código civil de Alemania	»	»	21
Prodigalidad. Quiénes pueden pedirla.....	222	»	240

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Prodigalidad. Proyecto de Código de 1851...	»	»	13
Pródigo. Código de Méjico.....	»	»	80
Pródigo. Su autoridad marital y paterna.....	200	»	103
Pródigos.....	224	»	248
Prohibiciones del tutor. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	27
Prohibiciones respecto del tutor. Código de Italia.....	»	»	39
Idem íd. del consejo de familia. Código de íd.....	»	»	42
Protutor. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	7
Idem. Código de Italia.....	»	»	35
Idem. Idem de Portugal.....	»	»	58
Idem.....	»	»	286
Idem. No puede ser pariente del tutor.....	235	»	296
Q			
Qué se entiende por servicio militar activo.....	244	»	349
Quiénes no pueden ser tutores ni protutores.....	237	»	312
Quiénes están sujetos á tutela...	200	»	114
Idem gozan del derecho pleno de designar tutor en testamento.	208	»	179
Idem gozan del derecho de nombrar tutor en testamento pero con ciertas restricciones.....	208	»	182
Quiénes son removidos de la tutela.....	238	»	329
Quiénes pueden excusarse de la tutela y protutela.....	244	»	349
Quién está obligado á ejercer el cargo durante el juicio de excusa.....	250	»	371

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
R			
Reclamación del tutor para el ejercicio de la tutela.....	234	»	295
Rectificación del registro. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	16
Recurso contra el consejo de familia por la no admisión de la excusa.	249	»	370
Recurso contra los autos de incapacidad...	219	»	226 y 231
Registro del estado civil. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	14
Registro del estado civil. Idem de 1882.....	»	»	20
Registros de la tutela. Código de Italia.....	»	»	47
Registro de la curatela. Código de íd....	»	»	48
Registros de las tutelas. Código de Portugal.....	»	»	61
Registro civil. Código de íd.....	»	»	68
Registro civil. Código de Guatemala..	»	»	77
Rehabilitación del pródigo. Código de Portugal	»	»	57
Remoción de los tutores y protutores.....	238	»	329
Renuncia de los cargos de tutor y protutor.	202	»	139
Representación del pródigo en juicio.....	223	»	240
Representación en juicio de los expósitos.....	212	»	209
Requisito para nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos.....	213	»	220
Requisitos que debe contener la sentencia de declaración de prodigalidad.....	221	»	239
Rescisión de los actos practica-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
dos por los menores. Código de Portugal	»	»	67
Responsabilidad de los Jueces municipales por los daños que sobrevengan á los menores ó incapacitados..... ...	203	»	152
Restitución *in integrum*. Código de Guatemala....	»	»	77
Restitución *in integrum*. Código de Méjico..	»	»	86
Restricciones de la capacidad del interdicto....	230	»	267
Revocación de la interdicción. Código de Italia.....	»	»	46
Revocación de los actos del incapaz. Código de Portugal....	»	»	55
S			
Separación. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	8
Sordomudez.....	200	»	129
Sustitución de tutores.....	208	»	178
T			
Término para alegar la exención posterior al ejercicio de la tutela.....	248	»	370
Término de la interdicción. Códigos de Bélgica y Francia...	»	»	32
Texto literal de los artículos del Código	»	»	391
Tutela....	»	»	89
Idem legítima. Proyecto de Código de 1851..	»	»	6
Idem dativa. Idem id íd... ..	»	»	6
Idem de los hijos naturales. Idem íd. íd....	»	»	11
Tutela. Proyecto de Código de 1882.....	»	»	17

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Tutela de los mayores. Proyecto de Código civil de Alemania .	»	»	21
Idem de los padres. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	22
Idem testamentaria. Idem íd. íd.	»	»	23
Idem legítima. Idem íd. íd.....	»	»	23
Idem dativa. Idem íd. íd.....	»	»	24
Idem testamentaria. Código de Italia.....	»	»	35
Idem legítima. Idem íd.....	»	»	35
Idem dativa. Idem íd.....	»	»	35
Idem de los hijos naturales. Idem íd.....	»	»	35
Idem de los interdictos. Idem ídem.....	»	»	45
Idem testamentaria. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	6
Idem íd. Código de Portugal....	»	»	50
Idem legítima. Idem íd.	»	»	51
Idem de los locos y sordomudos. Idem íd.....	»	»	52
Idem de los pródigos. Idem íd..	»	»	55
Idem de los que sufren interdicción. Idem íd....	»	»	57
Idem dativa. Idem íd.....	»	»	58
Idem de los hijos naturales. Idem íd.....	»	»	64
Idem de los hijos espúreos. Idem ídem.....	»	»	64
Idem de los menores abandonados. Idem íd.....	»	»	65
Idem de los hijos de pobres de solemnidad. Idem íd.....	»	»	66
Idem natural. Código de Guatemala.....	»	»	70
Idem testamentaria. Idem íd...	»	»	71
Idem legítima. Idem íd.....	»	»	71
Idem judicial. Idem íd.....	»	»	72
Idem testamentaria. Código de Méjico.....	»	»	81
Tutela legítima. Código de Méjico	»	»	82

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Tutela dativa. Código de Méjico.	»	»	83
Idem de los hijos abandonados.			
Idem íd..	»	»	83
Idem testamentaria.....	»	»	174
Idem legítima. Personas á quienes corresponde.....	211	»	207
Idem de los expósitos.....	212	»	209
Idem de los locos, dementes y sordomudos. Quiénes pueden pedirla	214	»	220
Idem íd. Derechos de los parientes que no forman el consejo de familia....	217	»	225
Idem íd. Personas á quienes corresponde.....	220	»	232
Idem de los que sufren interdicción	»	»	262
Idem. Cómo se defiere.....	230	»	265
Idem dativa.....	»	»	279
Idem. A quién corresponde....	231	»	282
Tutor nombrado por un extraño.	210	»	193
Idem íd. por el padre; su preferencia.	210	»	193
Tutor sustituído. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	25
Transacción de derechos de menores é incapacitados.....	225	2.º	388
V			
Validez de los actos celebrados por el incapacitado. Código de Italia.....	»	»	46

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
42	2	delarando	declarando
94	12	institutriz	tutriz
98	3	existencia	asistencia
107	30	concepte	concepto
116	28	*distinguerí*	*distinguere*
130	2	Juan Pao	Juan Pablo
166	37	estas	esta
201	13	tuto	tutor
214	27	en el primer ejercicio	ejercicio
216	13	en que	con que
226	23	parte	partes
229	22	verificarse	ventilarse
231	36	Estado civil	estado civil
235	31	preferidos	preteridos
270	3	vinieron	vinieren
272	1	31 de Agosto	13 de Agosto
296	10	tutor	protutor
307	12	les	le
308	22	consta	consista
310	14	le	la
317	16	inmuebles gravados	inmuebles, gravarlos
320	25	definela	define las
324	29	crea	se crea
325	12	contra cosa	contra la cosa
341	7	á determinaciones	á las determinaciones
345	25	ó cuando más	ó curadurías
358	29	sufrirán	surgirán
368	20	al	el
373	28	excusas	causas
380	23	créditos	méritos

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

PUBLICADOS

TOMO I (tercera edición).—**De las leyes, sus efectos y reglas generales para su aplicación.—Españoles y extranjeros. Nacimiento y extinción de la personalidad civil.—Domicilio.**

Un volumen de 530 páginas en 8.° mayor. Precio, 5 pesetas en Madrid, 5,50 en provincias y 8 en Ultramar.

TOMO II (cuarta edición).—**Matrimonio.—Disposiciones generales.—Matrimonio canónico.—Matrimonio civil.**

Un volumen de 513 páginas en 8.° mayor. Precio, 5 pesetas en Madrid, 5,50 en provincias y 8 en Ultramar.

TOMO III (tercera edición).—**Paternidad y filiación.—Alimentos entre parientes.—Patria potestad.—Adopción.—Ausencia.**

Un volumen de 638 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

TOMO IV (tercera edición).—**Tutela.—Clases de tutela.—Protutor.—Personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción.—Excusas de la tutela y protutela.**

Un volumen de 418 páginas en 8.° mayor. Precio, 4 pesetas en Madrid, 4,50 en provincias y 7,50 en Ultramar.

TOMO V (tercera edición).—**Afianzamiento, ejercicio, cuentas y registro de las tutelas. — Consejo de familia.— Emancipación y mayor edad.—Registro del estado civil.**

Un volumen de 713 páginas en 8.° mayor. Precio, 7 pesetas en Madrid, 7,50 en provincias y 10 en Ultramar.

PRIMER TOMO APÉNDICE (segunda edición).—**Reglas y modelos para la redacción de las actas del consejo de familia. — Observaciones pertinentes á las mismas.— Tramitación de las alzadas contra los acuerdos del consejo.**

Un volumen de 474 páginas en 8.° mayor. Precio, 4 pesetas en Madrid, 4,50 en provincias y 7,50 en Ultramar.

Recomendamos eficazmente la adquisición de este tomo á todas aquellas personas que forman parte de algún consejo de familia, por la gran utilidad que ha de reportarles.

TOMO VI (segunda edición).—**Clasificación de los bienes.— Bienes inmuebles y muebles.—Propiedad.—Derecho de accesión.**

Un volumen de 620 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

TOMO VII (segunda edición).—**Deslinde y amojonamiento. Del derecho de cerrar las fincas rústicas.—De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse.— Comunidad de bienes.—Aguas.—Minas.—Propiedad intelectual.**

Un volumen de 610 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

EN PRENSA

Tomos VIII y IX.

EN PREPARACIÓN

TOMO X